Römisches und germanisches Recht.

Die

materielle Uebereinstimmung

der

römischen und germanischen Rechtsprincipien.

Von

Dr. Friedrich von Hahn,

Professor der Rechte zu Jena.

Jena,

Druck und Verlag von Friedrich Mauke.

1856.

Meinem

hochverehrten Freund,

Herrn

Dr. Carl Julius Guyet,

Geheimen Justiz- und Oberappellationsgerichtsrath,
Ordinarius der Juristenfacultät und des Schöppenstuhls,
o. ö. Professor der Rechte an der Universität Jena,
Ritter des Großherzogl. Sächs. Ordens vom weißen Falken und des
Herzogl. Sachsen-Ernestinischen Hausordens,

gewidmet.

Inhalt.

Einleitung S. XXIII.

Erster Theil.

Die Verschiedenheit der obersten Voraussetzung und der principiellen Begriffe des römischen und germanischen Rechts.

Erster Abschnitt.

Die Verschiedenheit der obersten Voraussetzung.

Zweiter Abschnitt.

Die Verschiedenheit der Begriffe von Recht, Freiheit und Ehre.

Erstes Capitel.

Das Recht im objectiven Sinne.

Verfahrens. Unfähigkeit der Germanen, die Selbsthülfe principiell zu negiren. Der gerichtl. Zweikampf eine Aeußerung der Selbsthülfe. Die ethische Rechtfertigung desselben als Gottesurtheil verändert seine Natur nicht. Schmidt's Ableitung desselben aus der Verpflichtung des waffenfähigen Manns, die höhere sittl. Ordnung zu schützen, ist verfehlt. Gegenüberstellung des Zweikampfs und des römischen die Selbsthülfe negirenden Vindicationsverfahrens. S. 76. —

§. 10. Begriff und Inhalt des Rechts. S. 84—86. Der von Schmidt aufgestellte Gegensatz: Recht nach röm. Anschauung = Sphäre souveränen Schaltens, nach german. = Sphäre sittlichen Schaltens, ist unbegründet. Verweisung auf den speciellen Theil.

§. 11. Einfluß des Rechtsbegriffs auf den Begriff der Rechtsfähigkeit. S. 86—102. Widerlegung der Ansicht, daß nach röm. Auffassung zur Rechtsfähigkeit nichts Anderes, als Willensfähigkeit erforderlich, die Rechtsfähigkeit daher eine absolute sei, nach german. Anschauung aber die Rechtsfähigkeit von der Fähigkeit, das Recht seinem höheren Zweck gemäß zu gebrauchen, abhänge und die Rechtsfähigkeit eine relative sei. — Auch Rom kennt Abstufungen der Rechtsfähigkeit. S. 89. Im alten german. Recht war die Rechtsfähigkeit verschieden nach Freiheitsgraden und nach Nationalität, nicht nach der Fähigkeit zum Gebrauch des Rechts. S. 91. Auch im späteren Recht liegt in dem Erforderniß einer bestimmten Qualification zur Ausübung einzelner Berufe keine Modification der Rechtsfähigkeit. Für einzelne Berufe forderte auch das röm. Recht eine besondere Qualification. S. 93. Die verschiedene Rechtsfähigkeit der german. Geburtsstände ist nicht aus dem verschiedenen Beruf zu erklären. Nur Ein Stand entsteht aus der Gleichmäßigkeit des Berufs. Die Genossen desselben Stands konnten zu verschiedenen, die verschiedenen Stände zu gleichen Berufen qualificirt sein und dieselben ausüben. S. 96. Auch das alte Rom kannte verschieden berechtigte Stände und in dem spätesten Recht trat eine Rechtsungleichheit hervor. Auffassung derselben. S. 99. —

§. 12. Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Grundsätze über Rechtsverlust und Rechtsminderung. S. 102—108. Statt des Satzes, daß das Recht mit Aufhören seines sittlichen Zwecks aufhöre, welchen Schmidt im Gegensatz zu der nach röm. Anschauung einzigen Art des Rechtsverlustes durch den Willen des Berechtigten und vis major dem german. R. zuschreibt, ist der Satz aufzustellen, daß jedes Recht aufhört, wenn seine Voraussetzung aufhört. Dieser Satz gilt für beide Rechte. S. 102. Die Behauptung, daß das Recht aufhöre, wenn der höhere Zweck durch den Berechtigten nicht erfüllt werde, ist in dieser Allgemeinheit auch für das german. Recht unbegründet. Einzelne Fälle eines derartigen Untergangs finden sich auch im röm. R. S. 103. Dasselbe gilt für den Rechtsverlust wegen Mißbrauchs. S. 104. Einen Rechtsverlust wegen Unfähigkeit des Berechtigten zum rechten Gebrauch kennt auch das germ. R. nicht. S. 106. —

§. 13. Sonstiger Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Gestalt des Rechtssystems. S. 108—114. Widerlegung des von Schmidt aufgestellten Gegensatzes, wonach das röm. R. nur ein System der durch ihre Coexistenz sich gegenseitig beschränkenden Ein-

Drittes Capitel.

Die Freiheit.

Viertes Capitel.

Die Ehre.

Zweiter Theil.

Die Verschiedenheit des römischen und germanischen Privatrechts.

Erster Abschnitt.

Das Familienrecht.

§. 20. Princip des Familienrechts. Väterliche Gewalt. S. 181—213. (Schmidt §. 20 und §. 21 No. I.) Die Familie ist bei jedem Volk als engste und innigste Verbindung anerkannt. Zersetzender Einfluß des Staats auf dieselbe. S. 184. — In Rom ist in publicist. Beziehung die Familieneinheit schon früh gebrochen, in privatrechtlicher bildet die Familie ein Ganzes, welches seine inneren Zustände ausschließl. selbst realisirt. Die patria potestas in ihrer Richtung nach innen ist kein Rechtsinstitut. Sie hat keinen rechtl. bestimmbaren Inhalt. Dem naturgemäßen Zuchtrecht des Vaters gegenüber verhält sich das Recht passiv. Widerlegung der Auffassung des Vaters als judex delegatus oder als dominus. S. 187. Die Vermögensgemeinschaft der Familie erkennt das Recht an. Die Auffassung des Vaters als Subject desselben ist der sittl. Natur der Familie entsprechend. Die Dispositionen innerhalb der Familie ignorirt das Recht principiell. Das Constituiren des peculium ist aber die Begründung eines begrifflich dauernden Verhältnisses. Rechtl. Anerkennung desselben nach außen hin. Die Kräfte der Familienglieder gehören zum Familienvermögen. Natur der Disposition über dieselben. Rechtl. Wirkung des Mißbrauchs dieser Disposition. S. 192. Klage auf Anerkennung des Familienverhältnisses. S. 198. Allmälige Modification des Princips der staatl. Nichtintervention, indirect durch die Censur, direct durch Beschränkung des Zuchtrechts und Anerkennung einzelner Peculiarrechte auch dem Vater gegenüber. S. 200. — Germanisches Recht. Das Mundium erschöpft nicht den sittl. und rechtl. Inhalt des Familienverhältnisses und hat wie die manus und potestas keinen fest bestimmbaren rechtl. Inhalt. Diesen erhält es erst durch das unterliegende sittl. Verhältniß. Nicht die Familie ist Subject des Mundiums und ist durch Vater und Ehemann vertreten, sondern diese üben dasselbe aus eigenem Recht aus. S. 202. Grund der seltenen Erwähnung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind in den Quellen. Es wurde durch die Sitte geregelt. Eine Vertretung des Sohns gegenüber dem Vater existirt nicht. Zuchtrecht des Vaters. Tödtung des Kinds. Rechtl. Schutz dagegen wird nicht erwähnt und ist nach dem alten Criminalrecht undenkbar. Güterrecht. Vergleichung des ältesten german. und röm. Familienrechts S. 204. —

§. 21. Die Ehe und das eheliche Güterrecht. S. 213—281. (Schmidt §. 21 No. II S. 202—204.) Die Natur der Ehe als sittl. und dauernden Verhältnisses wird auch im röm. R.

anerkannt. Beweis durch Rechtssätze. S. 214. Sittl. und rechtl. Auffassung der Ehescheidung im neueren und älteren röm. R. Auch das ältere german. R. kennt Verstoßung der Frau durch den Mann. Das spätere Recht geht in dem canonischen auf. S. 215. Religiöse Eingehung der Ehe. S. 217. Die thatsächl. Vermögensgemeinschaft wird rechtl. realisirt in der Ehe mit Manus. Auch in der Ehe ohne Manus ist unsprüngl. eine totale Gütergemeinschaft vorhanden. Spätere Modificirung ders. Beweis der restrictiven Bildung des späteren Dotalrechts aus der Gestaltung desselben. S. 218. — Darstellung des Dotalsystems (der Zeit der classischen Juristen) als System der Gütergemeinschaft, nicht der Gütertrennung. S. 226. — Untersuchung über die Rechte der Frau hinsichtl. der Dos. Collation der Dos. Dos mulieris est, bezeichnet das thatsächl. Verhältniß der Frau zur Dos, welches als solches in Einer Richtung nach außen hin rechtl. anerkannt wird. S. 236. — Die Behandl. der Zuwendungen unter Ehegatten entspricht der sittl. Natur der Ehe. Dem Wesen der Ehe entsprechende Zuwendungen sind gestattet und begünstigt, diesem widersprechende nicht anerkannt. (Prohibitiver Charakter des Dotalrechts S. 261.) Durch die oratio D. Severi ist das Recht consequent fortgebildet worden. S. 252. — Der verschiedene Gang der Ausbildung der ehelichen Güterverhältnisse bei Römern und Germanen aus gleichen Anfängen erklärt sich aus der abweichenden Entwickelung der sittl. Stellung der Frau bei beiden Völkern. Bei der Emancipation der Frau im späteren Rom erschien es angemessen, daß sie nur einen Beitrag zu den Lasten der Ehe gab, das dafür hingegebene Capital aber bei jeder Art der Auflösung der Ehe zurückerhielt. Die freie Ehe gewährte die Möglichkeit der rechtl. Feststellung dieses Verhältnisses. Entstehung der freien Ehe aus einem ursprüngl. Hinderniß des Eintritts der Frau in die Familie des Manns. Vergleichung derselben mit der german. unebenbürtigen Ehe. S. 266. Die Germanen bildeten die alte strenge Ehe fort. Modification des Aufgehens der Rechte der Frau in den Rechten des Manns. Darstellung des alten german. ehel. Güterrechts. Aehnlichkeit desselben mit dem Dotalrecht. Die Errungenschaft particularrechtlich. Die Versorgung der Ehefrau nach dem Tod des Manns beruht nicht auf einem Rechtssatz, Nothwendigkeit der rechtl. Anerkennung besonderer Geschäfte. Zuwendungen während der Ehe unmöglich. S. 269 — Die Veränderung des deutschen ehel. Güterrechts ist durch die Veränderung der Verkehrsverhältnisse und die daraus hervorgehende Anerkennung eines allgemeinen Sachwerths herbeigeführt worden. Hauptveränderungen: Zerfall des gemeinsamen Vermögens in Quoten statt der ursprüngl. Theile, gegenseitiges Erbrecht. Dabei aber große particulare Verschiedenheit der Rechtsbildung. Der Grund ders. liegt in der mangelhaften Formulirung des Rechts des Manns am Frauengut und in der Aufstellung der Gütergemeinschaft als Rechtsbegriff. S. 275. —

§. 22. Die Familie im weiteren Sinn, die Vormundschaft, die Sclaverei. S. 281—295. (Schmidt §. 21 No. III, VI, V.) 1) Irrigkeit der Vergleichung verschiedener Perioden der Entwickelung der weiteren Familie. Eine Alimentationspflicht der Seitenverwandten kennt das german. R. nicht, eine solche zwi-

schen Ascendenten und Descendenten aber erkennt auch das röm. R. an. Auch noch andere sittl. Pflichten der Verwandten werden als Rechtspflichten aufgefaßt. S. 282. — 2) Uebereinstimmende materielle Ausbildung beider Rechte hinsichtlich der Tutel und Cura. S. 286. — 3) Auch das german. R. kennt ursprünglich einen Zustand der völligen Unfreiheit. Gleichmäßige Aussprüche in den röm. und den german. Quellen über den Rechtsgrund der Unfreiheit. Die verschiedene Ausbildung der Unfreiheit in den Rechten beider Völker erklärt sich aus thatsächlichen Gründen. S. 288. —

§. 22a. Bedeutung des Familienrechts für das übrige Recht. S. 295—303. (Schmidt §. 22.) Widerlegung der Behauptung, daß in der Gestaltung des Familienrechts die Rechtsidee eines Volks am klarsten und bestimmtesten hervortrete; jedes Recht verhält sich der Familie gegenüber ursprünglich passiv und regelt fortdauernd hauptsächlich die Verhältnisse zwischen Fremden. S. 295. Die Familie in ihren sittl. Beziehungen, nicht aber in ihrer rechtl. Gestaltung ist der Prototyp mancher sittlichen rechtlich anerkannten Verhältnisse zwischen Fremden. Auch die Römer kannten derartige Verhältnisse: collegia, sodalicia, hospitium, patronatus. S. 298. —

Zweiter Abschnitt.

Das Sachenrecht.

Erstes Capitel.

Das Eigenthum.

§. 23. Entstehung und Rechtsgrund des Eigenthums. S. 303—312. Widerlegung der Behauptung von der Verschiedenheit beider Rechte hinsichtlich der Occupation S. 304 und der Eigenthumsübertragung. Auch nach röm. R. kann Eigenthum ohne Besitzübertragung übergehen. Im german. R. ist die Besitzübertragung von größerer Bedeutung als im röm. R. Bei den Mobilien ist die Detention sogar auf die Fortdauer des Rechts von Einfluß. Hand muß Hand wahren. Widerlegung von Schmidt's Construction des Connossements. S. 305. —

§. 24. Begriff des Eigenthums. S. 312—317. Das german. R. kennt, wie das römische den Begriff der unbedingten Herrschaft, Eigenthum, dominium. Die Individualität der Sache hat auf diesen Begriff selbst keinen Einfluß. Das Eigenthum an Mobilien ist ursprüngl. rechtl. weniger geschützt. Die verschiedene Vererbung (Gerade, Heergewäte) modificirt das Eigenthum nicht. Das Eigenth. an Herrschaften, Rittergütern, städt. Grundstücken, Bauerngütern ist Eigenthum, mit welchem noch andere Rechte und Pflichten verbunden sind. Die Ableitung dieser Rechte und Pflichten aus dem Recht und der Pflicht, die Sache ihrem sittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen, ist verfehlt. S. 312. —

§. 25. Rechte des Eigenthümers. S. 317—335. 1) Das Princip, auf welchem das Recht auf die Früchte beruht, ist in beiden Rechten dasselbe, auch der Germane erwirbt die Früchte als Accessionen des Guts. Die Industrialfrüchte werden nur wichtig bei Collision verschieden Berechtigter, ebenso im älteren röm. R. Tutela fructuaria, Lehnsvormundschaft, väterl. Nießbrauch sind nicht aus dem Princip über Fruchtgewinn abzuleiten. Localrechtl. Beschränkungen in der Art des Fruchtgenusses haben denselben Inhalt wie Servituten. S. 317. — 2) Eine Beschränkung des Eigenthümers in der Disposition über die Substanz des Grundeigenthums kennt das alte german. R. nicht. Die betr. Bestimmungen datiren aus der Zeit nach der Reception. Der Staat hält nur bei den Germanen wie bei den Römern die ursprüngliche Vertheilung des Grund und Bodens formell aufrecht. S. 321. — 3) Nebeneinanderstellung der röm. Interdiction des Prodigus und der german. Alienationsbeschränkung durch die nächsten Erben. Jede Veräußerung von Immobilien erscheint als Benachtheiligung der Familie. Lex Cincia, lex Furia S. 323. — 4) Das german. R. gewährt dem Eigenthümer dasselbe Ausschließungsrecht, wie das römische. Gastfreundschaft, Nothstand des Reisenden, furtum. S. 331. —

§. 26. Besondere Rechte und Pflichten des Grundeigenthümers. S. 335—341. Nachbarliche Rechte und Pflichten kennt das röm. wie das german. R. Eigenthumsbeschränkungen. Ausbildung der Servituten. S. 336. Eine andere, als die aus dem strengen Begriff des Eigenthums folgende obrigkeitliche Gewalt des Eigenthümers kennt das. german R. nicht allgemein. Die gutsherrlichen Rechte gehen neben dem Eigenthum her und standen ursprünglich selbst nicht in Beziehung zu demselben. S. 338. —

§. 27. Gemeinschaftliches Eigenthum. Juristische Person. 341—385. Widerlegung der Behauptung Schmidt's, daß die Römer, im Gegensatz der verschiedenen Gestaltung der Gemeinschaft bei den Germanen, nur Eine Art des gemeinschaftlichen Habens gekannt hätten, das condominium. Das röm. R. hat in der juristischen Person den prägnantesten rechtl. Ausdruck für die Gemeinschaft. S. 241. Die Schärfe dieses Begriffs steht nicht der Realisirung der concreten Gemeinschaftszwecke entgegen. Die einzelnen Arten der Universitas bilden nicht eine zusammengehörige Classe, sondern haben nur eine gemeinsame Eigenschaft, die Vermögensfähigkeit, corpus, können sich aber in ihren besonderen Eigenthümlichkeiten frei entwickeln. Einzelne Arten dieser Gemeinschaften bei den Römern: municipia, collegia, sodalicia, societates vectigalium etc. S. 343. Das Vermögen der Universitas wird nach ihrer Auflösung bonum vacans, es können aber eventuelle Rechte der Einzelnen an demselben begründet sein, welche gegen den Fiscus geltend gemacht werden. Entstehung dieser Rechte aus dem Statut oder aus dem Wesen der Gemeinschaft. S. 350. — Der ausschließliche Gegensatz zwischen Universitas und Communio ist ein allgemein nothwendiger und auch im deutschen R. anzuerkennender. Einzelne german. Rechtsbildungen. Die Actiengesellschaft ist jurist. Person wegen der begriffsmäßigen Anerkennung eines Gesammtwillens. Gegenüberstellung der Rechtssätze über

societas und A. G. Widerlegung der gegen diese Auffassung vorgebrachten Gründe. Wirkung der Staatsgenehmigung S. 356. Gewerkschaften und Pfännerschaften sind jurist. Personen; ebenso meistens die Vereine zu geselligen u. s. w. Zwecken. Construction derselben S. 376. Familiengenossenschaften, Mark, Allmend. S. 379. — Die jurist. Person existirt, auch wenn sie noch nicht erkannt ist. Die Fiction ist nicht von der Jurisprudenz, sondern vom Leben geschaffen. Das Aufgeben dieses Begriffs wäre ein Rückschritt. S. 383.

Zweites Capitel.

Die dinglichen Rechte.

§. 28. Verschiedenheit des Princips der dinglichen Rechte. S. 385—443. Ausgangspunct der Untersuchung, der höhere Servituten und Reallasten umfassende Begriff — das mit der Sache verknüpfte Rechtsverhältniß. Untersuchung des Vorkommens und der Construction dieses Begriffs in beiden Rechten. S. 387. Tabellarische Uebersicht solcher im röm. R. vorkommenden Rechtsverhältnisse. S. 389. - Der Begriff des jus in re aliena beruht auf einer wissenschaftlichen Abstraction aus dem vorhandenen Rechtsstoff. Untersuchung der der Schaffung der einzelnen Rechtsverhältnisse zu Grund liegenden Idee. 1. und 2) Die alten servitutes praediorum rusticorum und urbanorum sind perpetuirte Obigationen. 3) Der ususfructus entsteht dadurch, daß dem Eigenthum die Perpetuität und Abstraction entzogen ist. — Gemeinsame Behandlung der Personal- und Realservituten ermöglicht durch neu entstehende Mittelglieder. 4. 5) Recht am ager vectigalis, emphyteusis und superficies entwickeln sich aus der locatio conductio. 6) Pfandrecht, rechtliche Form für die thatsächl. obligatio rei. Begriff des jus in re aliena: Befugniß der directen Einwirkung auf eine fremde Sache. Ein hiervon verschiedener Gesammtbegriff der Servituten ist nicht zu gewinnen. S. 393. Der Begriff beschränkt sich nicht auf die angeführten Rechtsverhältnisse. Rechtsverhältnisse, welche sich dem ususfr. und der emphyt. nähern: 1) Recht am ager publicus; 2) Verhältniß des Clienten; 3) Colonat. Warum diese Rechte nicht als jura in re aufgefaßt werden. S. 406. Rechtsverhältnisse, welche mit den Realservituten Aehnlichkeit haben: 1) Rechtsverh. hinsichtl. der aqua pluvia; das Hinderniß der Auffassuug derselben als jus in re liegt in der formalen Natur der dinglichen Klage; 2) interd. de arbor. caed., de glande legenda etc.; 3) Verbot des Verbauens der Luft u. s. w. 4) Gebrauchsrecht der res publicae; 5) iter populo servit. — Dingliche Rechte können durch Rechtssatz begründet werden, Subject derselben kann der Detentor einer Sache und das Glied einer universitas sein. S. 408. — Das deutsche R. hat den Begriff des jus in re aliena. Es entwickelt denselben im Allgemeinen freier, mitunter beschränkter (Ususfructus), Besonderheit des deutschen Pfandrechts durch nicht klares Erkennen seiner accessor. Natur (Tragung der Gefahr des

Dritter Abschnitt.

Das Obligationenrecht.

Erstes Capitel.

Das Recht der Verträge.

hauptung Schmidt's von der Verschiedenheit der Entstehung und des Rechtsgrunds der Obligationen in beiden Rechten: Versprechen — Dienstbarmachen fremden Willens. Einseitigkeit beider Entstehungsarten. S. 467. Auflegen einer Obligation nur bei Realverträgen, aber auch im german. Recht. S. 472. —

§. 30. Begriff und Wesen der Obligation S. 477—484. Zweiseitige Verträge. Stellvertretung. Execution.

§. 31. Verschiedener Inhalt der einzelnen Verträge. S. 484—493. Widerlegung der willkürlichen Unterscheidung hinsichtl. der Berücksichtigung der bona fides. S. 484. Das röm. R. kennt, wie das german. vertragsmäßige Rechtsverh., in welchen der sittliche Inhalt entweder als rechtlich realisirbar aufgenommen ist oder neben dem rechtl. Inhalt her geht. Betrachtung der Gesellschaft, der Dienstmiethe, des Pachtvertrags. S. 486. —

§. 32. Die Organisation des ökonomischen Verkehrs. S. 493—502. Die Organisation des Verkehrs nach Schmidt's Darstellung beruht nicht auf specifisch germanischer Anschauung. Auch die Römer kannten eine staatliche Controle über manche Verkehrszweige. S. 493. — Die Grundsätze über dolus, metus, error waren im alten german. R. eben so wenig ausgebildet, als im altrömischen. Sie werden ursprüngl. nur durch und in dem Reinigungseid realisirt. Wohlthätiger Einfluß des röm. Rechts. S. 497. —

Zweites Capitel.

Obligationen aus anderen Gründen.

§. 33. Die Privatdelicte S. 502—507. Uebereinstimmung beider Rechte. Schmerzengeld. Mittragen casuellen Schadens, abbordaggio incerto. —

§. 34. Gesetzliche Obligationen. S. 507. 508. Auch das röm. R. kennt solche. Verweisung auf Früheres.

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

§. 35. Entstehung und Rechtsgrund der Erbfolge. S. 509. Formale Widersprüche in Schmidt's Ableitung des römischen agnatischen Erbrechts aus dem testamentarischen. S. 511. — Die Verschiedenheit des röm. und german. Erbrechts ist die Folge der Auffassung der Familie auf verschiedener Entwickelungsstufe. Frühe Ueberwindung des Geschlechterstaats in Rom, energische Fassung des Begriffs der engeren Familie, schwache Berücksichtigung der weiteren Familie. Bei den Germanen ist das Zurückdrängen der weiteren Familie nicht so mächtig, stärkere Ueberreste der ursprünglichen Vermögensgemeinschaft. Die engere und die weitere Familie werden nicht specifisch verschieden gefaßt. S. 514. — Altes römi-

sches Erbrecht. S. 518. Das Vermögen zerfällt beim Tode des Vaters unter die Sui. Das Testament ist die rechtl. perpetuirte Willensäußerung des Familienvaters als solchen. Beleg dieser Auffassung durch die Wirkung des Testaments hinsichtlich der Sui und des fremden Instituirten S. 522, die Wirkung der Präterition und den Satz: nemo pro parte etc. Bedeutung dieses Satzes S. 524. Grund des agnat. Erbrechts, Natur desselben S. 527. Entstehung des Begriffs der Universalsuccession. Frühe Anerkennung derselben S. 533. Eine successio von der testamentarischen auf die Intestaterbfolge ist schon von Anfang an anerkannt N. 24. Der Ausschluß der successio graduum et ordinum ist eine nothwendige Folge des agnat. Rechts. Eintritt der agnat. Erbf. In jure cessio der Erbschaft S. 534. — Altes germanisches Erbrecht. Dasselbe ist nur ein agnatisches. Parentelenordnung S. 537. Das agnat. Recht ist ein eventuelles Recht an den Immobilien. Wirkung bei den Lebzeiten des Erblassers. Erbrecht in die Mobilien. Erwerb der Erbschaftssachen ipso jure. Verhältniß der Schulden zu den Mobilien und Verbindung mit diesen S. 540. Verschiedenheit der einzelnen Volksrechte, verfrühte Einwirkung des röm. Rechts S. 545. Modificationen des alten Erbrechts. Das röm. R. bildet sich fort durch Veränderung in der Berufung des Erben, das germanische durch Ausbildung des Begriffs der Erbschaft. S. 546. Gründe der Umwandlung des alten Civilrechts S. 547. Veränderung des Rechtssätze S. 549. Umbildung der german. Verkehrsverhältnisse. Ausbildung des Begriffs der Erbschaft und Beschränkung der agnat. Rechte auf dieselbe, Bedürfniß eines Pflichttheilsrechts S. 552. Uebereinstimmung der Principien beider Erbrechte, Reception des römischen, Art und Weise dieser Reception S. 554.

§. 36. Princip der Erbtheilung S. 555—565. 1) Ursprüngliche Beschränkung des Erbrechts der Frauen allgemein vorkommend. Beschränkung derselben bei den Germanen, allmälige Gleichstellung derselben mit den Männern. Beschränkungen bei den Römern S. 557. 2) Die Individualsuccession dem alten german. R. fremd. — Nichtmodification der gleichen Erbtheilung durch das Hantgemal N. 2 und durch das Lehen S. 561. Individualsuccession in das Amt S. 562. Verhältnisse der Bauerngüter S. 563. 3) Das jus recadentiae bei den Germanen sittl. gerechtfertigt, bei den Römern nicht S. 564. 4) Modus der Erbtheilung, dieselbe auch im deutschen Recht Gegenstand eines Rechtsstreits. Gerade und Heergewäte S. 565.

§. 37. Das Erbrecht der Wittwe. S. 565—567. Verweisung auf §. 21. Das altdeutsche Recht kennt keine Erbfolge der Frau. Dispositionen des Manns zu Gunsten derselben. Diese auch in Rom möglich und üblich. Dos aestimala.

§. 38. Testamente und Erbverträge S. 567—584. Ursprünglich kein Bedürfniß einer letztwilligen Verfügung. Entstehung eines solchen. Vornahme derselben durch künstliche Nachbildung des Intestaterbrechts S. 569. Der Grund der verschiedenen Gestaltung der letztwilligen Dispositionen bei Römern und Germanen liegt in

der ursprünglichen verschiedenen Gestaltung des Intestaterbrechts. Das alte röm. solenne Testament. Entstehen einer neuen Form aus einem Mancipationsgeschäft. Ausbildung des neuen Testaments S. 570. German. Vergabungen als eigentl. letztwillige Verfügungen S. 575. Ausgang von den Immobilien, Ausdehnung auf Mobilien und auf noch zu erwerbende Sachen S. 576. Bedürfniß und allmälige Ausbildung einer neuen Form im deutschen Recht, Particularismus dieser Ausbildung, Einfluß des röm. Rechts auf dieselbe. Reception des röm. Testamentsrechts. Art derselben S. 578. Ausbildung der Erbverträge S. 581. —

Druckfehler und Zusätze.

S. 43 letzte Z. l. Majoritätsberechnung st. Majorität.
S. 213 Z. 21 l. statutaria st. statuaria.
S. 220 Z. 4 hinter: Grund einzuschalten: (S. 268).
S. 231 Z. 12 l. zwar st. gar.
S. 235 Note Z. 2 u. 3 v. u. zu streichen: und präterirt.
S. 278 N. 88 Z. 5 l. anschlossen st. anschloß.
S. 316 Z. 15 hinter: des hohen Adels, hinzuzufügen: des niederen Adels.
S. 380 letzte Z. des Texts hinter: habetur, hinzuzufügen: siehe unten S. 406 f. S. 416.
S. 380 N. 54 Z. 1 hinter Gerber, hinzuzufügen: Zeitschrift für Civilrecht und Proceß B. XII.
S. 391 nach Z. 11 ist zuzusetzen: dd) wegen eines obligatorischen mit der rei vindicatio utilis dem Verpflichteten gegenüber verfolgbaren Anspruchs. (Vgl. Ihering in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. B. I S. 101. 157. 168).
S. 432 Z. 6 v. u. l. respective nahm st. rasch nahm sie.
S. 444 Z. 3 (Ueberschrift) l. Erstes Capitel st. Drittes Capitel.

Einleitung.

Es gibt zwei verschiedene Arten der Betrachtung und folgeweise der Behandlung des Rechts. Man kann dasselbe an sich, und man kann es als Mittel auffassen.

Nach der ersten Auffassung geht man von der Untersuchung des Inhalts der einzelnen Rechtssätze aus, sucht dieselben zu präcisiren und gruppirt sie nach ihrem Inhalt. Den Zweck, der durch die Geltendmachung der Rechtssätze erreicht werden soll, die Function derselben, berücksichtigt man absolut nicht. Deßwegen bekümmert man sich auch nicht darum, ob die Rechtssätze nur zur Erreichung eines einzigen bestimmten Zwecks dienen sollen, oder ob mit Hülfe derselben verschiedene Zwecke erreicht werden können. Deßwegen untersucht man aber auch nicht, ob sich ein bestimmter sittlicher Zweck zu dessen Erreichung die Rechtssätze geschaffen worden sind, lediglich durch Realisirung dieser Rechtssätze erreichen läßt, oder ob es zu dem Ende auch noch anderer nicht rechtlich realisirbarer Sätze — Sittensätze — bedarf.

Alle diese nach der ersten Auffassung vernachlässigten Momente finden nach der zweiten Auffassung nicht nur Berücksichtigung, sondern gerade sie sind es, von welchen principiell ausgegangen wird. Es wird ein bestimmtes Lebensverhältniß in's Auge gefaßt und untersucht, ob und wie weit die dasselbe beherrschende sittliche Idee durch Geltendmachung von

Rechtssätzen realisirt werden kann, wie weit es Rechtsverhältniß ist. Mit Nothwendigkeit ist dadurch zugleich gegeben, wie weit das Verhältniß nur durch die Sitte realisirbar, wie weit es lediglich sittliches Verhältniß ist. Eine Darstellung des Rechts nach dieser Richtung hin führt nicht nur zu einer anderen Gruppirung der Rechtssätze, als der vermöge der ersten Betrachtung gewonnenen, sondern an die Spitze derselben muß eine Darstellung der die Rechtsverhältnisse normirenden sittlichen Anschauungen gestellt werden, und die einzelnen daraus entwickelten Sittensätze müssen neben den Rechtssätzen Berücksichtigung finden.

Beide Betrachtungsarten sind an sich gerechtfertigt und ergänzen sich gegenseitig, denn nur durch eine Verbindung beider gelangt man zu einem höheren Verständniß des Rechts. Beide gehören darum der Jurisprudenz an, und es liegt, wenn man diesen Begriff, wie die Römer es gethan, in seinem vollen Umfang faßt, kein Widerspruch gegen diese Behauptung darin, daß ich die zweite Betrachtungsart als die ethische bezeichne, während ich die erstere die systematische nenne [1]). Trotz der Nothwendigkeit der Verbindung beider Betrachtungsarten muß man sich jedoch in jedem Augenblick bewußt bleiben, von welchem der beiden Standpuncte aus man das Recht oder den einzelnen Rechtssatz betrachtet.

---

1) Die erstere Betrachtungsweise könnte man auch als mathematische bezeichnen, (vergleiche Leibnitz' bekannten Ausspruch über die römische Jurisprudenz). Ihering, Geist des röm. Rechts Bd. I §. 3. 4, welcher auf eine größere Berücksichtigung der zweiten Betrachtungsart dringt, bezeichnet dieselbe als die physiologische, functionelle, im Gegensatz zur anatomischen. (Leider ist die zweite Abtheilung des zweiten Bands des erwähnten Werks, aus welcher ich für die Bearbeitnng wenigstens der letzten Partien des vorliegenden Buchs noch gar manchen Nutzen schöpfen zu können hoffte, bis jetzt noch nicht erschienen.)

Es ist dieß nothwendig bei der Betrachtung eines einzelnen Rechts für sich, vollends aber bei der Vergleichung mehrerer Rechte, bei welcher eine Vernachlässigung dieser Unterscheidung zu den irrigsten Resultaten führt.

Dieser Vernachlässigung hat sich aber unsere Jurisprudenz bis auf die jüngst vergangene Zeit in hohem Grad schuldig gemacht, und dieselbe hat darum um so nachtheiligere Folgen gehabt, als man bei der Darstellung des einen der bei uns geltenden Rechte sich vorzugsweise der einen Betrachtungsweise bedient hat, bei der Behandlung des anderen Rechts hingegen vorzugsweise von dem anderen Gesichtspunct ausgegangen ist, ohne sich über diese Verschiedenheit klar geworden zu sein.

Bei dem Studium und der Darstellung des römischen Rechts berücksichtigt man usuell nur die einzelnen formulirten Rechtssätze und ihre formalen Beziehungen zu einander; man sucht jeden Rechtssatz direct aus einem anderen oder aus der aus mehreren anderen Rechtssätzen abstrahirten Rechtsidee abzuleiten. Allerdings kann man sich zur Erklärung mancher Rechtssätze und zur Rechtfertigung mancher scheinbarer formeller Consequenzen der Berücksichtigung der Sitte nicht ganz entschlagen, aber man greift, und namentlich gilt dieß für die dogmatischen Darstellungen, nur ungern dazu gleich wie zu einem letzten Nothbehelf. Allerdings enthält man sich bei der Gruppirung der Rechtssätze nicht immer völlig der Berücksichtigung des Zwecks derselben und macht diesen mitunter zu dem Mittelpunct der einzelnen Gruppe [2]), allein es ist dieß Verfahren nur ein ausnahmsweises; regelmäßig bildet die nothwendige gemeinsame Voraussetzung der Rechtssätze das sie zur Gruppe (Rechtsinstitut) verbindende Moment. — Kurz

2) Vergl. Kuntze in der münchener krit. Ueberschau B. II S. 182. 183. S. a. Gersdorf's Repertorium 1852. September S. 258.

es ist die systematische Behandlung, welche in der Darstellung des römischen Rechts vorwaltet.

Bei der Darstellung des germanischen Rechts hingegen ist die ethische Betrachtungsweise die vorherrschende. Nicht nach ihrem reinen Inhalt pflegt man die Rechtssätze darzustellen und zu gruppiren, sondern den Mittelpunct der einzelnen Betrachtung bildet ein Lebensverhältniß und die in demselben zu realisirende sittliche Idee. Die zu dem Ende formulirten Sitten- und Rechtssätze werden mit beständiger Bezugnahme auf diesen Zweck untersucht und neben einander dargestellt.

Diese Verschiedenheit der Behandlung ist nicht eine Zufälligkeit in der Art, daß sie lediglich aus der Willkür der Juristen hervorgegangen wäre, aber es wäre völlig unbegründet, wenn man annehmen wollte, daß jedem der beiden Rechte gerade die eine Art der Behandlung die ausschließlich angemessene sei; die Verschiedenheit erklärt sich vielmehr durch die äußerliche Gestaltung beider Rechte und ihrer Quellen. Die Römer waren von früher Zeit an gewöhnt, die durch das staatlich organisirte Volk oder andere staatliche Organe festgestellten Rechtssätze scharf zu präcisiren und die römische Jurisprudenz entwickelte die neu sich bildenden Rechtssätze immer in Hinsicht auf ihre Realisirung, wendete also selbst die systematische Methode an. So war denn durch das Studium der Quellen das abstracte Erfassen der Rechtssätze von selbst gegeben, und man fand sich auf die systematische Methode hingewiesen. — Das ältere germanische Recht bildete sich hingegen fast ganz ohne staatliche Einwirkung im Volk, beziehungsweise in einzelnen engeren Kreisen aus, es fand weder durch ein bestimmtes staatliches Organ noch in der Wissenschaft eine abstracte Formulirung. Auch behandeln die Rechtsquellen das Dargestellte meistens nicht mit Bezugnahme auf

die rechtliche Realisirung, es läuft daher in ihnen Thatsächliches und Rechtliches oft ungesondert neben einander her. Die Rechtssätze der einzelnen Rechtskreise endlich weichen oft so sehr von einander ab, daß man einen sie vereinigenden höheren Ausdruck in nichts Anderem, als in der sittlichen Idee, aus welcher sie entsprossen sind, resp. zu deren Realisirung sie dienen sollen, finden kann. Die unvollkommene Ausbildung des Rechts und die Beschaffenheit der Quellen führten daher wie von selbst zu einem Vorherrschenlassen der ethischen Rechtsauffassung.

Dazu kömmt, daß das Studium des abstracten römischen Rechts durch seine innere Vollendung, vermöge welcher es als ein abgeschlossenes Ganze erscheint, eine innerliche Befriedigung gewährt, das alte germanische Recht aber erst als Ganzes erscheint, wenn man es in Zusammenhang mit der Sitte auffaßt. Die einzelnen Institute finden ihren Mittelpunct in der sie beherrschendrn sittlichen Idee, ein Abstrahiren von dieser scheint also gleichsam der organischen Zusammenhang zu zerreißen und das Rechtsmaterial in eine rohe unzusammenhängende Masse zu verwandeln. Es schien daher sogar ein ästhetisches Interesse zu der erwähnten Behandlungsart zu drängen.

Betrachtet man den Einfluß, welchen das Vorherrschen der einen Behandlungsart auf die Erkenntniß des einen Rechts an sich gehabt hat, so ist dieser sowol für die Erkenntniß des römischen, als auch die des germanischen Rechts ein nachtheiliger, aber der Nachtheil ist größer hinsichtlich der ersteren, als hinsichtlich der zweiten. Ob wir die das Dotalrecht der classischen Zeit beherrschende Idee einer ehelichen Gütergemeinschaft erkennen, ob wir die gleiche Function des interdictum de glande legenda, der aquae pluviae arcendae actio und der Servitutsklagen berücksichtigen oder nicht, hat auf die Erkennt-

niß und Darstellung der einzelnen Rechtssätze keinen bestimmenden Einfluß. Hat man doch gerade die Absicht das Recht und nichts als das formulirte Recht darzustellen, und kann es deßwegen sogar nur vortheilhaft sein, wenn man auch da, wo die Wissenschaft bei der Entwickelung der Rechtssätze diese nach ihren Functionen gruppirt [3]), von dieser ausnahmsweisen Behandlung abgeht. Höchstens gelangt man durch die Gewöhnung an die ausschließlich systematische Behandlung zu der Annahme, daß eben die Jurisprudenz nur hierauf beschränkt sei.

Die übliche Behandlungart des germanischen Rechts würde, da die ethische Betrachtung an sich berechtigt ist, eben so wenig schaden, wenn man sich nur des Ausgangspunctes immer klar bewußt wäre. Aber dieses ist regelmäßig nicht der Fall. Man glaubt vielmehr im Allgemeinen in derselben Weise mit dem behandelten Material zu verfahren, wie der Romanist mit dem seinigen, und schiebt die Abweichung auf die Verschiedenheit des behandelten Stoffs. Die schädliche Wirkung kann nicht ausbleiben: Man operirt mit sittlichen Begriffen und gibt sie für Rechtsbegriffe aus; man stellt sittliche Institute dar und glaubt Rechtsinstitute construirt zu haben; man entwickelt Sittensätze, die nur zum Theil rechtlich realisirbar sind, und proclamirt sie als Rechtssätze; man verbindet an sich selbstständige Rechtssätze, die nur durch die gemeinsame Function in Betreff eines besonderen Lebensverhältnisses ihre Vereinigung finden, und leitet aus dieser zufälligen Verbindung eine Rechtsidee ab, aus welcher man wieder rechtliche Consequenzen zieht. Dadurch ist es möglich geworden, zum nicht geringen Schaden der Wissenschaft und des Rechtlebens: Thatsachen, wie Gesammteigenthum, eheliche Gütergemeinschaft, erfrühte Erbfolge, als Rechtsbegriffe aufzustellen.

---

3) S. o. N. 2.

Zum Theil war es naive Unbefangenheit, aus welcher dieses Verkennen des Wesens der angewandten Behandlungsart hervorging, zum großen Theil war es aber bewußte Opposition gegen das römische Recht und dessen Geltung bei uns, welche dazu führte. Und nach Einer Richtung hin ist auch diese Opposition gerechtfertigt. Wie oft hatte man nicht die ausschließliche Geltung gewisser römischer Rechtsanschauungen mit allen ihren Consequenzen prätendirt, während nur einzelne Rechtssätze recipirt waren, wie oft hatte man bei der Behandlung germanischer Institute nicht in der Weise römischer Juristen die leitende Rechtsidee erfaßt und dem rechtlichen Inhalt die angemessene Form gegeben, sondern denselben in eine vorhandene einem anderen Inhalt angepaßte Form gezwängt. Hiergegen galt es zu opponiren, und es ist nicht zu verkennen, daß unsere Germanisten hierin Rühmliches geleistet haben. Aber die Opposition schoß über ihr Ziel hinaus. Nicht nur gegen römischen Stoff, nicht nur gegen die unpassende römische Form richtete sie sich, sondern sie verwarf auch die Anwendung der Methode, durch welche das römische Rechtssystem zu dem geworden ist, als was wir es heut zu Tage vor uns sehen. Weil der germanische Geist gerettet und gewahrt werden sollte, so wollte man denselben auch in seiner ganzen Eigenthüulichkeit und Freiheit erhalten und argwöhnte in jeder juristischen Construction, bei welcher mit Begriffen operirt wurde, die von der römischen Jurisprudenz zur klaren Anschauung gebracht worden sind, einen Versuch den Geist in fremde Fesseln zu legen oder durch Abstraction zu verflüchtigen. Man gab lieber die rechtliche Construction eines Instituts auf und referirte nur über dessen Entstehung und sittliche Bedeutung, als daß man eine Construction des vielleicht nur in geringem Maß in demselben vorhandenen rechtlich realisirbaren Stoffs in der den Romanisten geläufiger Weise zugab. Man

brandmarkte das letztere Verfahren als romanisiren, eine Bezeichnung, welche, in so fern sie eine tadelnde sein soll, nur für das früher übliche Verfahren gebraucht werden kann, gegen welches, wie bemerkt, eine germanistische Opposition gerechtfertigt war.

Daß das germanische Recht auch eine vorzugsweise systematische, s. g. romanisirende, Behandlung zuläßt, haben die Arbeiten einiger namhaften Germanisten bewiesen. Folgen wir diesem Beispiel mit aller Energie. Mag auch wegen der besonderen Beschaffenheit unseres Rechtsstoffs, namentlich des älteren, unsere Aufgabe schwieriger sein, als die der Romanisten, um so belohnender ist sie, besonders hinsichtlich der modernen Rechtsgebilde. Daß der „moderne Drang zu systematisiren" nicht zu einem Verkennen des germanischen Geistes führe, davor werden wir durch die neben der systematischen hergehenden ethische Behandlung gewahrt werden. Auch die Untersuchung der Function der Rechtssätze, auch die Darstellung der die Rechtsinstitute beherrschenden sittlichen Ideen, auch die Erkenntniß der zur Realisirung derselben neben den Rechtssätzen geltenden Sittensätze ist, ich wiederhole es, Aufgabe der Jurisprudenz im höheren Sinn, und wir dürfen es nicht verkennen, daß auf diesem Gebiet die Germanisten Ersprießlicheres geleistet als die Romanisten bis zu Ihering. Wie das gegenseitige Verhältniß beider Behandlungsarten im einzelnen Fall festzustellen ist, ob man die eine ganz zurücktreten läßt, oder ihr nur eine geringere Berücksichtigung zuwendet, ist durch den Zweck der einzelnen Darstellung bedingt: nicht genug aber kann es hervorgehoben werden, wie unumgänglich nothwendig es ist, daß ein klares Bewußtsein der jedesmal befolgten Behandlungsart herrsche.

Wenn die Unklarheit hierüber für die Erkenntniß des einzelnen Rechts schon eine sehr schädliche ist, so ist die nach-

theilige Wirkung derselben noch weit ersichtlicher, sobald es gilt verschiedene Rechte zu vergleichen, und die irrigen Resultate, zu welchen man so vielfach bei Vergleichnug des römischen und germanischen Rechts gelangt ist, basiren fast ausschließlich auf dieser Unklarheit.

Es wird nicht leicht jemand eine Vergleichung zwischen zwei Personen in der Art vornehmen zu können glauben, daß er die geistige Ausbildung des Einen vorzugsweise berücksichtigt, während er das sittliche Verhalten des Anderen, seine Stellung zu Dritten und zum Staat in's Auge faßt, und doch macht man sich kein Gewissen daraus, die durch die übliche Behandlungsart des römischen und des germanischen Rechts gewonnenen Resultate zu parallelisiren. Dieß Verfahren ist keineswegs neu und ungewöhnlich, sondern findet fast überall statt, wo eine derartige Vergleichung vorgenommen wird, nur auf die Spitze getrieben ist es in dem Buche, welches die nächste Veranlassung zu dieser Arbeit gab und als dessen Widerlegung sie äußerlich erscheint [4]).

4) Wenn man, wie dieß von Schmidt (der principielle Unterschied u. s. w.) in Betreff des römischen Rechts geschieht, lediglich von der Betrachtung der formulirten Rechtssätze an sich ausgeht, ihren Causalzusammenhang mit der Sitte, wo dieser tiefer liegt, einfach ignorirt, wo er sich mit Nothwendigkeit aufdrängt, für eine Inconsequenz und nicht zu berücksichtigende Ausnahme erklärt, so muß man mit Nothwendigkeit überall auf Erscheinungen stoßen, welche sich als Manifestationen des subjectivistischen Princips darstellen, wie dieß Schmidt aufstellt (s. u. S. 1), aber freilich ist das gewonnene Resultat eben nichts Anderes als eine formell andere Fassung für die willkürlich gewählten Voraussetzungen. — Zu derselben Identität der Resultate mit den Voraussetzungen gelangt man, wenn man, wie dieß in dem erwähnten Buch hinsichtlich des germanischen Rechts geschieht, von der sittlichen Anschauungsweise eines Volks ausgehend die Realisirung derselben durch als nothwendig erkannte Sätze betrachtet, aber die rechtliche Realisirbarkeit derselben nicht berücksichtigt. Da sich die einzelnen Rechtssätze neben den Sittensätzen als Mittel zur

Verglichen werden können beide Rechte nur dann, wenn man bei beiden entweder die systematische oder die ethische Betrachtungsweise anwendet und die gewonnenen Ergebnisse neben neben einander stellt; schlechterdings unmöglich wird die Vergleichung, wenn man bei der Behandlung der beiden Rechte von verschiedenen Gesichtspuncten ausgeht. Ein ersprießliches Resultat aber kann nur dann gewonnen werden, wenn man die zu vergleichenden Rechte nach beiden Richtungen in's Auge faßt, denn nur durch die Combination beider Behandlungsarten kann ein höheres Verständniß jedes einzelnen Rechts gewonnen werden, und nur unter dieser Voraussetzung ist die Würdigung der Bedeutung der Reception des römischen Rechts für unser Rechtsleben möglich. —

In dem Buche, welches ich hiermit der Oeffentlichkeit übergebe, ist eine Vergleichung des römischen und germanischen Rechtsstoffs nach den beiden angegebenen Richtungen hin versucht worden, und wenn in Bezug auf das römische Recht die systematische, in Bezug auf das germanische die ethische Behandlungsart in den Vordergrund gestellt ist, so erklärt sich dieß aus dem Umstand, daß gerade diese Behandlungsarten über Gebür vernachlässigt worden sind.

Daß das Buch in genauer Beziehung zu: „C. A. Schmidt, Oberappellationsrath zu Rostock, der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte", steht, ergibt schon der Titel, der zugleich

Realisirung der sittlichen Idee darstellen, so erkennt man in ihnen Manifestationen des objectivistischen Princips, wie Schmidt dieses aufstellt, hat dadurch aber nichts weiter gewonnen, als die Ueberzeugung, daß ein Volk seine sittliche Anschauung realisirt. Belege dafür, daß Schmidt in der That von den erwähnten verschiedenen Voraussetzungen ausgeht, werden unten vielfältig gegeben werden.

auch schon die Stellung beider Bücher zu einander andeutet. Der Anschluß an das erwähnte Buch hat den äußeren Grund, daß dasselbe bis jetzt das einzige Werk ist, welches sich in eingehender Weise mit der Vergleichung beider Rechte beschäftigt, und den inneren Grund, daß der Verfasser desselben die Ansicht von der principiellen Verschiedenheit beider Rechte in extremster Weise vertritt. Diese beiden Umstände brachten es mit sich, daß alle Argumente, welche für diese Verschiedenheit aufgestellt werden können, von Schmidt geltend gemacht sind, und es erschien daher als unnöthig, die in dem vorliegenden Buch zu bekämpfenden Anschauungen, wie sie an den verschiedensten Orten mehr oder weniger prägnant vorgetragen sind, im Einzelnen anzuführen und zu widerlegen, ohne daß doch bei einem genauen Anschluß an Schmidt's Darstellung und einem schrittweisen Verfolgen derselben der Vorwurf zu befürchten war, daß der vorhandene Stoff einseitig behandelt, das Passende ausgewählt, das Unbequeme bei Seite gelassen werde. Daher glaubte ich auch, trotz der mancherlei Inconsequenzen, welche dieß Anschließen an einen fremden Gedankengang, namentlich hinsichtlich der Vertheilung des Materials, mit sich bringt (manchen Paragraphen mußten noch einmal so viele Bogen eingeräumt werden, als andere Seiten beanspruchen konnten [4]), doch nicht davon ablassen zu dürfen, und habe auch die Eintheilung des Buchs herüber genommen, wie schon aus dem beibehaltenen Ueberschriften ersichtlich ist. Nur einmal ist ein Paragraph verstellt worden (§. 3, bei Schmidt §. 7) und der erste Abschnitt des zweiten Theils wurde in anderer Weise zerlegt.

Wenn nun aber das vorliegende Buch durch diesen Anschluß das äußere Ansehen einer Streitschrift gegen einen ein-

4) Dem dadurch entstandenen Mangel der Uebersichtlichkeit soll das vorangeschickte ausführliche Inhaltsverzeichniß abhelfen.

zelnen Gegner gewonnen hat, so beschränkt sich doch sein Inhalt keineswegs auf eine Bekämpfung der Darstellung Schmidt's. Der überwiegend größere Theil des Buchs enthält eine selbstständige Entwickelung und Vergleichung der Grundprincipien beider Rechte, an welche die Widerlegung Schmidt's oder derjenigen Schriftsteller, welche die entgegenstehende Ansicht in der einzelnen Lehre hauptsächlich vertreten, geknüpft wurde. Nur in den beiden ersten Capiteln des zweiten Abschnitts des ersten Theils schien ein wesentlich polemisches Verfahren geboten, von da an bildet nur in seltenen Fällen die Polemik den Mittelpunct der Darstellung. Der erste Abschnitt des ersten Theils enthält nur ein kurzes Referat über die Ausgangspuncte resp. das Beweisthema Schmidt's.

Da in dem allgemeinen Theil die Vergleichung beider Rechte von den verschiedenen allgemeinen Gesichtspuncten aus vorgenommen ist, so bedarf es hier nur noch der Zusammenstellung der gewonnenen Resultate:

1) Sowol das römische als das germanische Recht ist überall von der sittlichen Anschauung des Volks ausgegangen.

Diese selbst ist, soweit sie im Privatrecht zu realisiren ist, bei beiden Völkern wesentlich übereinstimmend.

Daher stimmen auch die römischen und germanischen Rechtsprincipien wesentlich überein.

2) In ihrem formalen Ausdruck gehen dieselben oft weit aus einander.

Dieß ist namentlich in den älteren Zeiten der Fall.

Der äußere Grund dafür liegt in der Einheit und Geschlossenheit des Gebiets, auf welchen das römische Recht entstand — der staatlich orga-

nisirten Stadt Rom, gegenüber der Vielheit und mangelhaften staatlichen Organisation der germanischen Rechtskreise; der innere Grund ist zu suchen in der Verschiedenheit der ökonomischen Verhältnisse und dem von verschiedenen Phasen der sittlichen Ausbildug einzelner Institute genommenen Ausgang.

3) In der Fortbildung nähern sich beide Rechte mehr und mehr.

Das römische Recht hat seine Ausbildung früher vollendet, als das germanische.

Die Reception des römischen Rechts in Deutschland erscheint als der Uebergang zu einer höheren Rechtsstufe. —

Schließlich noch zur Vermeidung möglicher Vorwürfe die Bemerkung, daß das vorliegende Werk sich lediglich auf die Behandlung der gestellten Aufgabe beschränkt. Das germanische Recht wurde daher im Allgemeinen nur bis zur Reception des römischen Rechts genauer betrachtet, und auf die moderne Rechtsbildung nur in einzelnen Fällen eingegangen, in welchen man dieselbe auf germanische Rechtsanschauungen im Gegensatz zu den römischen zurückzuführen pflegt. Ungerechtfertigt aber würde es sein, wollte man mir deßwegen die Ansicht unterschieben, als verkännte ich die Forteristenz germanischer Anschauungen im modernen Recht. Sicherlich beruht das moderne Recht noch auf gar manchen germanischen Rechtsanschauungen, aber die hohe Ausbildung, welche die daraus entsprungenen Rechtssätze und Rechtsinstitute erlangten, erfolgte unter beständiger directer und indirecter Einwirkung des römischen Rechts. Eine Vergleichung derselben mit dem römischen Recht ist daher nichts weniger als eine Vergleichung der

römischen und germanischen Rechtsprincipien [5]. — Ferner werden allgemeine Charakteristiken beider Rechte immer nur soweit gegeben, als sie für die Vergleichung geeignet erscheinen. Charakteristiken eines einzelnen Rechts in seiner Gesammtheit oder eines einzelnen demselben angehörenden Instituts, bei welchem von einem Gesichtspunct ausgegangen wurde, von dem aus eine einheitliche Uebersicht über das andere Recht oder das entsprechende Institut desselben sich nicht gewinnen läßt, mußten dagegen ausgeschlossen bleiben. Durch diesen Ausschluß ist aber die Berechtigung solcher Charakteristiken nicht in Abrede gestellt, es wird vielmehr ihr Nutzen für die Förderung der Erkenntniß des einzelnen Rechts ausdrücklich hervorgehoben.

---

5) Gar häufig verfällt man noch dazu bei einer solchen Vergleichung in den Fehler, Sätze von unzweifelhaft römischem Ursprung, welche im modernen Recht nur von den zufälligen Beschränkungen befreit sind, für germanischen Ursprungs zu erklären. Vgl. S. 444.

Erster Theil.

Die Verschiedenheit der obersten Voraussetzung und der principiellen Begriffe des römischen und des germanischen Rechts.

Erster Abschnitt.

Die Verschiedenheit der obersten Voraussetzung.

---

§. 1.

Das Princip der Subjectivität als Grundlage des römischen Rechts.

„Das Denken des Menschen, der sich und sein Dasein zu begreifen sucht, bedarf einer bestimmten Voraussetzung, welche den Ausgangspunct für seine geistigen Operationen bildet, und auf welche sein ganzes Gedankensystem begründet ist. — Diese Voraussetzung ist entweder das Subject des Denkenden, sein Ich (Princip der Subjectivität) oder die Gesammtheit der ihn umgebenden Dinge, die Welt, und das bewegende und schaffende Princip derselben, der Urgrund aller Dinge, die Gottheit (Princip der Objectivität)."

Gemäß dem ersten Princip erscheint der Mensch als vernünftiges und wollendes Wesen, befähigt und daher berechtigt, selbst zu erkennen, was ihm frommt, und nach eigener Wahl und freiem Entschluß zu handeln. Hierin besteht seine Freiheit und diese ist begrifflich unbeschränkt, da der Gebrauch derselben durch die Coexistenz mehrerer Menschen zwar thatsächlich beschränkt, sie selbst aber weder aufgehoben noch gemindert werden kann. Diese äußere Freiheit wird auch nicht berührt durch die aus dem sittlichen und religiösen Bewußtsein hervorgehende sittliche Beschränkung.

Diese kommt nur zur Frage in dem Verhältniß des Menschen zu Gott und gerade dieß Verhältniß, welches in seinem Resultat, dem Sittengebot, von verschiedenen Menschen verschieden aufgefaßt wird, macht ein Abhängigkeitsverhältniß zu andern Menschen unmöglich, da durch dieses der Mensch verhindert sein kann, in sittlichen Fragen seiner eigenen subjectiven Ueberzeugung gemäß zu handeln. Die absolute Freiheit des Einzelnen erscheint mithin als ethisches Postulat. Wenn daher auch in der Wirklichkeit Subjectionsverhältnisse vorhanden sind, so muß der Zustand der Freiheit mindestens begrifflich vorausgegangen gedacht werden. In dem natürlichen Zustand stehen die Menschen rechtlich einander fremd und pflichtlos gegenüber. Das Recht der Stärke gilt, durch dieses entsteht Sclaverei. Zum Schutz der persönlichen Freiheit wird durch Vertrag der Staat geschaffen. Von der ursprünglichen Freiheit wird daher auch möglichst wenig geopfert, die Aufgabe des Staats beschränkt sich darauf: „die Rechtssphäre der einzelnen Staatsbürger abzugränzen und gegen Verletzungen zu sichern; dagegen innerhalb seiner Rechtssphäre dem einzelnen Rechtssubjecte seine volle ursprüngliche Souveränetät ungeschmälert zu lassen." Die nur subjectiv erkennbaren Vorschriften des Sittengesetzes wer-

den nicht zu Rechtsvorschriften erhoben. Das sittliche und rechtliche Verhältniß der Menschen wird genau geschieden.

Daß diese Grundlagen der Rechtsphilosophie der „Neuern" auch die der Römer waren, zeigt sich in der Bildung der Sage von der Entstehung Roms, die von der der andern Völker abweicht, und in dem ihr entsprechenden geschichtlichen Leben des römischen Volks, dessen Lebensaufgabe nach außen die durch keine höhere sittliche Idee gerechtfertigte Eroberung der Welt war, nach innen die Sicherung der persönlichen Freiheit durch eine vollendete Rechtsordnung. Beide Aufgaben sind in bester Weise gelöst worden. Endlich aber entspricht auch der Inhalt des römischen Rechts den aufgestellten Grundsätzen. Dieses beschränkt sich auf Regelung der äußeren rechtlichen Verhältnisse zu den übrigen Menschen und überläßt die Erfüllung des Sittengesetzes dem Gewissen des Einzelnen. Das römische Recht weicht darin aber von der „heutigen subjectivistischen Staats- und Rechtslehre" ab, daß es mit größerer Consequenz die durch Staat und Recht zu realisirende Freiheit nicht allen Menschen vindicirt, sondern nur den den Staat gründenden und den in die Gemeinschaft recipirten Personen, und zwar können unter ersteren nur die verstanden werden, welche ihrer Person mächtig und keiner fremden Gewalt unterworfen waren. Das römische Recht realisirt die Freiheit einzelner Familienväter.

Schließlich wird ausdrücklich Verwahrung dagegen eingelegt, daß den Römern der Vorwurf der Irreligiosität und Unsittlichkeit gemacht und ihnen die Ansicht zugeschrieben werde, als sei der Staat bei dem sittlichen und unsittlichen Verhalten des Einzelnen nicht interessirt. Gerade daß Religion und Sitte bei den Römern so stark gewesen, habe bewirkt, daß das Recht sich nicht um Wahrung derselben zu kümmern brauchte, und erst später, bei Verfall der Sitte,

sei ein indirectes Einschreiten des Staats nothwendig geworden.

§. 2.

Das Princip der Objectivität als Grundlage des germanischen Rechts.

Das Princip der Objectivität geht von der Voraussetzung nicht des Ich, sondern der Welt aus. Dadurch ist die Anerkennung einer außer der Person des Einzelnen liegenden die Welt und damit diese Person selbst beherrschenden objectiven Macht nothwendig gegeben. Diese Macht stellt sich, einerlei, ob sie als Gebot eines persönlichen Gottes, oder als selbstständige Potenz gedacht wird, als objectives Sittengesetz dar. Dieses schließt den natürlichen Zustand absoluter Freiheit schon vor dem Staat aus, es begründet ein Fraternitätsverhältniß unter den Menschen und verpflichtet sie, einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen. Diese Verpflichtungen bestehen vor dem Staat nur als sittliche Verpflichtungen, aber ihre Erfüllung ist nicht dem Gewissen der Einzelnen überlassen, sondern durch das Gewissen Aller geschützt. Da die Vorschriften des Sittengesetzes etwas objectiv Nothwendiges sind, d. h. etwas, was überhaupt und von Allen gethan und dessen Verwirklichung von jedem gefordert werden muß, so muß der Einzelne nicht nur selbst diesen Vorschriften gemäß handeln, sondern auch dahin wirken, daß dieß überall und von Allen geschehe — jeder ist verpflichtet, „das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken.“ Dieß kann durch vereinzeltes Wirken nicht gehörig erreicht werden, daher die sittliche Nothwendigkeit, sich zur Realisirung sittlicher Lebenszwecke zu verbinden, daher Recht und Staat — beide Producte des Sittengesetzes und beide göttlichen Ursprungs, von den Menschen nur zur Erscheinung gebracht. Staatszweck ist

Realisirung des Sittengesetzes. Diese kann so erfolgen, daß der Staat die Forderungen des Sittengesetzes auf legislativem und administrativem Wege unmittelbar verwirklicht — griechisches System. Nach der germanischen Auffassung hat aber die sittliche Handlung nur als freie Werth; demgemäß gelangen die Germanen nur zu einer mittelbaren Realisirung des Sittengesetzes durch den Staat, indem sie als Staatszweck den Schutz des sittlichen Thuns des Einzelnen und die Möglichmachung der Realisirung ihrer sittlichen Lebensaufgabe auffassen, die Erfüllung des Sittengesetzes aber, soweit dieß ohne Beeinträchtigung der sittlichen Grundlage des Gemeindelebens geschehen kann, dem Gewissen des Einzelnen überlassen. Das Gebiet der staatlichen Thätigkeit ist von gleichem Umfange mit derjenigen Menge von sittlichen Normen, über deren Existenz und Inhalt allgemeines Einverständniß herrscht.

Zum Schluß wird noch eine Erklärung, warum das objectivistische Princip fast bei allen Völkern, das subjectivistische aber gerade bei den Römern sich vorfinde, aus der Entstehungsgeschichte der Völker versucht. Die meisten Völker sind aus der Familie und dem Stamm natürlich organisch erwachsen, der Ursprung der staatlichen Verhältnisse geht über ihre Erinnerung hinaus, er wird deßhalb nicht im Willen der Einzelnen gesucht; ferner ist die sittliche Anschauungsweise des Volks eine homogene, das Sittengesetz wird für allgemein wahr anerkannt und es erscheint daher natürlich, daß dasselbe zum Recht erhoben wird. Das römische Volk entsteht durch Zusammenfluß von Gliedern verschiedener Völker, die verschiedene sittliche Anschauungen mitbringen, oder sie erleiden wenigstens durch starke Einwanderungen oder in Folge anderer Umstände vielfache Versetzung durch andere Elemente. Der Einzelne unterwirft sich durch freien Willen dem Staat, und es existiren verschiedene sittliche Auffassungen

neben einander; der Staat wird daher als Product des Willens betrachtet, ein absolutes göttliches Willensgesetz kann nicht anerkannt und darum auch nicht als Grundlage des Rechts angesehen werden. Als Aufgabe des Rechts kann nur gelten, jedem die volle Freiheit seiner subjectiven sittlichen Ueberzeugung zu gewähren und zu sichern.

Nachdem der Verfasser [1]) die seiner Ansicht nach dem römischen und dem germanischen Recht zu Grunde liegenden Principien aufgestellt hat, versucht er es, in dem weitern Verlauf des Werks die Einwirkung dieser Principien auf die Bildung der einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtssätze nachzuweisen. Diese Untersuchungen sollen zugleich als Beweise für die Richtigkeit der aufgestellten Grundprincipien dienen. Es ist daher gerechtfertigt, daß diese Beweise vorerst im Einzelnen geprüft werden, ehe ein Urtheil über die Principien selbst ausgesprochen wird.

1) Als Verf. bezeichne ich der Kürze wegen in dem Folgenden immer den Verfasser „des principiellen Unterschiedes zwischen dem römischen und germanischen Rechte," Herrn Oberappellationsrath Dr. C. A. Schmidt.

Zweiter Abschnitt.

Die Verschiedenheit der Begriffe von Recht, Freiheit und Ehre.

Erstes Capitel.

Das Recht im objectiven Sinne.

---

§. 3.

(Schmidt §. 7.)

Das Verhältniß des Rechts zum Sittengesetz und der Religion [1]).

Nach der germanischen und der griechischen Anschauung, so argumentirt der Verf., ist der Inhalt des Rechts schon durch das Sittengesetz gegeben und vorgezeichnet. „Das Recht verhält sich zum Sittengesetz, wie der Schmetterling zur Raupe." Jedoch nicht der ganze Inhalt des Sittengesetzes wird zum Recht erhoben, der germanische Staat hat nicht wie der griechische die Aufgabe, das Sittengesetz unmittelbar zu realisiren, die Erfüllung des Sittengesetzes bleibt auch im Staat die freie That der Einzelnen und durch Staat und Recht soll nur das sittliche Thun der Menschen geschützt und gefördert werden. „Innerhalb der durch das Recht gezogenen Schranken muß für jeden Einzelnen eine Sphäre bleiben, innerhalb welcher er nach seinem eigenen sittlichen Ermessen zu schalten befugt ist, und der Staat ist ver-

---

1) Die Voranstellung dieses Paragraphen rechtfertigt sich dadurch, daß der Verf. das in der Ueberschrift bezeichnete Verhältniß selbst für den Kardinalpunct erklärt, um den sich alle Gegensätze zwischen dem römischen und germanischen Recht drehen.

pflichtet, diese Sphäre, das Recht des Einzelnen zu respectiren und zu schützen." Das römische Recht dagegen verhält sich negativ zur Sittlichkeit, keine bestimmten sittlichen Vorschriften sind zu Rechtsvorschriften erhoben, die Erfüllung des Sittengesetzes muß Gewissenssache des Einzelnen bleiben. „Die consequente Durchführung dieses Princips ist aber practisch unmöglich." Ein sittliches Volk fühlt entschiedenen Unsittlichkeiten gegenüber die Nothwendigkeit einer Repression. „Das Princip kann daher nur so lange consequent festgehalten werden, als diejenigen Potenzen, welche principmäßig die Regulatoren des sittlichen Lebens sein sollen, d. h. das Gewissen der Einzelnen und die öffentliche Meinung, im Stande sind, dieser ihrer Aufgabe zu genügen. Sobald sich das Gegentheil zeigt, wird ein sittliches Volk, auch wenn seine Anschauungsweise auf das Subjectivitätsprincip gegründet ist, doch die Nothwendigkeit irgend eines Einschreitens fühlen und, weil ein directes Einschreiten nach seiner ganzen Anschauungsweise und der darauf gegründeten Construction des Rechts nicht möglich ist, diesem Bedürfniß auf indirectem Wege Befriedigung zu verschaffen suchen. Ein solches Bestreben zeigt sich bei den Römern schon ziemlich früh, und dasselbe nimmt in dem Maße zu, in welchem die sittliche Kraft und der Stolz der Römer verschwindet, bis denn endlich unter den christlichen Kaisern die leitenden Principien auf manchen Rechtsgebieten nur noch eine theoretische Bedeutung behalten, in ihrer practischen Anwendung aber überall durch singuläre Bestimmungen beschränkt sind. Dadurch erhält das römische Recht in der Wirklichkeit natürlich in manchen Beziehungen eine andere Gestalt, als es seiner principiellen Anlage nach haben mußte, und der practische Unterschied zwischen ihm und dem germanischen Recht stellt sich daher in Wirklichkeit so, daß das germanische Recht von vorn herein von

dem Inhalt des Sittengesetzes ausgeht, und dem höhern sittlichen Zweck der einzelnen Verhältnisse gemäß gestaltet ist, das römische Recht dagegen in seiner ursprünglichen Anlage auf das Princip der natürlichen Freiheit gegründet ist, den wirklich hervortretenden Unsittlichkeiten jedoch hinterher auf indirectem Wege oder durch singuläre Modificationen zu begegnen sucht." Die Beweise dieser Sätze gehören dem speciellen Theil an, es wird in diesem Paragraphen nur ein kurzer, hier zu übergehender Ueberblick über die dort gewonnenen Resultate gegeben (S. 93—95) und hierauf der Censur gedacht, deren sittenrichterliche Thätigkeit als eine im Interesse der Sittlichkeit von dem Volke geduldete eigenmächtige Ueberschreitung der Amtsbefugnisse der Censoren aufgefaßt wird.

„Ebenso wie zur Sittlichkeit verhält sich das römische Recht zur Religion." Das Recht, als lediglich „nach dem gesunden Menschenverstand festgesetzt," hat mit der Religion nichts zu thun. Die Sage, daß erst der zweite König den Cultus geordnet habe, ist für das römische Leben bezeichnend. Wenn auch bei den wichtigern Acten des Staats- und Rechtslebens religiöse Feierlichkeiten sich vorfinden, so erscheinen diese doch als accidentell, ohne Einfluß auf den Inhalt jener Acte [2]). Daraus „erklärt sich auch die eigenthümliche Erscheinung, daß, während das Staats- und Rechtsleben der Römer einen durchaus primitiven Charakter trägt, ihre Religion überall auf fremden Ursprung hinweist, und die Römer in der Reception neuer Götter eben nicht difficil waren." Durch dieß negative

2) In der ältesten Zeit, gesteht der Verf. zu, sei dieß anders gewesen. Dieß sei jedoch nur eine Folge des Dualismus des ältesten Rechts gewesen. Das jus Quiritium habe aber gleich Anfangs als menschliches Recht dem göttlichen unabhängig gegenüber gestanden und habe dasselbe früh von dem Boden des eigentlichen Rechtslebens verdrängt.

Verhalten zur Religion ist auch die spätere Reception des Rechts bei christlichen Völkern ohne principielle Umgestaltung möglich geworden, und aus dieser Ursache nur konnten seine Verehrer dem römischen Recht den Charakter der Universalität vindiciren.

Ehe ich auf die vorgetragenen Ansichten des Verfassers im Einzelnen eingehen kann, halte ich es für nothwendig, den Begriff des Rechts, d. i. des positiven Rechts, und sein Verhältniß zur Sitte selbstständig festzustellen und lasse daher vorerst meine Ansichten hierüber im Zusammenhang folgen.

Jedes Volk hat von den ersten Zeiten an eine Summe gemeinschaftlicher Ueberzeugungen von der sittlichen Nothwendigkeit äußerer Zustände, d. i. Zustände der Sinnenwelt. Organ dieser Erkenntniß ist die Vernunft. Die sittliche Nothwendigkeit ist von dem Willen des Menschen unabhängig. Der Mensch kann sie nur als etwas außer ihm Stehendes erkennen. Die Qualification des Gegenstandes dieser Nothwendigkeit als äußeren, seiner thatsächlichen Existenz nach von dem Willen des Menschen abhängigen bewirkt, daß die Vernunft die Nothwendigkeit dieser äußeren Zustände nicht anders erkennen kann, als wenn sie zugleich die Nothwendigkeit des auf die thatsächliche Realisirung desselben gerichteten Willens erkennt. Der vernünftige (d. h. als sittlich nothwendig erkannte) äußere Zustand muß vernünftiger Weise auch realisirt werden. Die gemeinsame Ueberzeugung, verbunden mit dem Realisirungswillen, wird S i t t e genannt, die Handlungen, welche zur Realisirung der für nothwendig erkannten äußeren Zustände vorgenommen werden (und wohl auch die Zustände selbst) — S i t t e n. Jede Opposition gegen den Realisirungswillen ist eine U n s i t t l i c h k e i t, also namentlich das Unterlassen von Realisirungshandlungen und das positive Han-

deln im Gegensatz zu Realisirungshandlungen und zur Zerstörung realisirter sittlicher Zustände. Je nach der Intensivität der Ueberzeugung von der sittlichen Nothwendigkeit eines äußeren Zustandes wird das der Realisirung desselben opponirte Unterlassen oder positive Handeln als eine größere oder geringere Unsittlichkeit erscheinen. Entspringt die Ueberzeugung aus der Ueberzeugung von der Existenz eines höheren Wesens und dem Verhältniß der Träger dieser Ueberzeugung (Volksreligion) oder der Menschen im Allgemeinen zu demselben — aus der religiösen Ueberzeugung, so wird die Unsittlichkeit als Widersetzung gegen die Gebote des höhern Wesens als besonders qualificirt erscheinen. Außerdem ist es auf der einen Seite die durch die mannichfachsten Verhältnisse bedingte besondere Wesenheit der Volksüberzeugung, auf der andern die Größe des factischen durch eine bestimmte Unsittlichkeit hervorgebrachten Nachtheils, welche der Unsittlichkeit eine größere oder geringere Erheblichkeit zumessen läßt. Die Gemeinsamkeit der sittlichen Ueberzeugung, resp. das sich dieser Gemeinsamkeit Bewußtwerden, begründet eine sittliche Ordnung, als deren letzter Ausdruck der moderne Staat erscheint.

Auf der untersten Stufe der sittlichen Ordnung ist zwar die Realisirung der für sittlich nothwendig erkannten Zustände immer nur der Macht des Interessenten überlassen, die Allgemeinheit der Ueberzeugung von der sittlichen Nothwendigkeit, die daraus hervorgehende Mißbilligung der entgegenstehenden Unsittlichkeit ist aber von solcher Stärke, daß sie die Macht des Individuums an und für sich vergrößert. Die Mißbilligung kann selbst in solcher Stärke auftreten, daß sie zu einer thatsächlichen Unterstützung des Behinderten durch Andere führt. Eine solche Unterstützung wird besonders bei den größeren Unsittlichkeiten, namentlich bei denjenigen, durch welche ein großer Nachtheil zugefügt wird, hervortreten. Es ist aber vor-

züglich die Evidenz der Unsittlichkeit, welche hier von Wichtigkeit ist, denn in vielen Fällen tritt theils wegen der nicht gehörigen Fixirung und Detaillirung der allgemeinen sittlichen Ueberzeugung selbst, theils wegen der Ungewißheit über die Existenz derjenigen Thatsachen (Bedingungen), an welche die gemeinsame Ueberzeugung die sittliche Nothwendigkeit eines äußeren Zustandes geknüpft hat, ein Zweifel ein, ob eine Unsittlichkeit, resp. auf welcher Seite eine solche vorhanden ist. Aber auch, wo die Unsittlichkeit evident ist, bleibt die Unterstützung des Verletzten immer nur eine *mögliche*. Wir haben also bis jetzt weder eine hinreichende Sicherheit der Realisirung der sittlichen Ueberzeugungen in Betreff äußerer Zustände, noch, und dieß ist hervorzuheben, eine Unterscheidung zwischen den sittlichen Ueberzeugungen selbst. Ein von der Sitte gesondertes Recht existirt noch nicht.

Um die Unterstützung zu einer nothwendigen zu erheben, ist es erforderlich, daß der Realisirungswille der Anderen in thatsächlich wirksamer Weise gefaßt werde. Dieß kann nur dadurch geschehen, daß nicht mehr der Macht des Einzelnen und der zufällig ihn Unterstützenden die Realisirung des sittlich nothwendigen äußeren Zustandes überlassen bleibt, sondern die Gesammtheit denselben durch ihre Macht realisirt.

Bei allen Völkern und zu allen Zeiten findet sich ein Zusammensein einer Menge von Personen und Familien vor. Dieses Zusammensein wird aber nicht als ein zufälliges erkannt, sondern mit der Erkenntniß der Thatsache ist zu gleicher Zeit die Ueberzeugung von der Zusammengehörigkeit der Zusammenseienden vorhanden und damit nothwendig auch der Wille, diese Zusammengehörigkeit zu realisiren. Wo die Realisirung nicht auf äußere Hindernisse gestoßen ist, tritt die

Idee uns daher auch als uranfänglich realisirte und fortdauernd sich realisirende entgegen. Die Idee realisirt sich aber dadurch, daß die Gesammtheit gemeinsam thätig und, um dieses sein zu können, organisirt ist — eine staatliche Vereinigung, ein Staat ist. Der Staat ist die realisirte und sich fortdauernd realisirende Zusammengehörigkeitsidee. Die Aufgabe des Staats (der Staatszweck) fällt mithin zusammen mit dem Inhalt der Zusammengehörigkeitsidee. Welches ist nun aber der Inhalt dieses Begriffs?

Durch den Gegensatz zwischen Zusammengehören und Nichtzusammengehören ist dieser Inhalt nach einer Seite hin gegeben: Schutz und Vertretung der Staatsglieder Fremden gegenüber. Auch nach einer andern Seite ist hierdurch der Inhalt bestimmt: Zurückweisung der gegen diesen Schutz nach außen und die Bedingungen dazu gerichteten Thätigkeit eines Staatsangehörigen. Da aber in dem sich als zusammengehörig fühlenden Kreise neben dieser Ueberzeugung von der Schutzpflicht nach außen auch die Ueberzeugung von der sittlichen Nothwendigkeit anderer in dem Innern des Kreises zu realisirender äußerer Zustände vorhanden ist, zu gleicher Zeit aber erkannt wird, daß diese Zustände durch den Einzelnen oder Einzelne nicht immer realisirt werden können, so muß der mit der Ueberzeugung zusammen vorhandene Realisirungswille sich dahin ausdehnen, daß die Gesammtheit als solche bei der Realisirung mitwirke. Die Realisirung für sittlich nothwendig erkannter in dem Innern des Staats zu realisirender äußerer Zustände wird also ebenfalls in den Inhalt der Zusammengehörigkeitsidee fallen.

Während nun aber nach der ersten Richtung hin der Inhalt der Zusammengehörigkeit, und also der Staatszweck, überall ziemlich gleichförmig erkannt wird, so ist dieß nach der

zweiten Richtung keineswegs der Fall. Bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten wird der Thätigkeit des Staats nach innen eine sehr verschiedene Competenz zugeschrieben. Es hängt dieß ab von der Summe der in concreto für sittlich nothwendig erkannten äußeren Zustände selbst und von der auf der Intensivität der sittlichen Ueberzeugung und der Erkenntniß von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit, Sicherheit oder Unsicherheit der Realisirung durch den Einzelnen beruhenden verschiedenen Qualificirung des Realisirungswillens. Diejenigen sittlichen Normen über äußere Zustände, welche durch den Staat realisirt werden sollen, nennen wir Recht (positives Recht) [3]. Recht und Sitte bilden daher keinen Gegensatz, sondern Recht ist nur qualificirte Sitte.

Bei der Realisirung des Rechts betrachtet der Staat dieses als außer ihm stehend von seiner Willkür unabhängig — er ist Diener des Rechts. — Er ist aber nicht auf die Realisirung dieses außer ihm stehenden Rechts beschränkt. Er kann vielmehr auch vermöge seiner Macht andere Zustände realisiren, als die durch das Recht gebotenen. Er kann dieß im einzelnen Fall thun, er kann aber auch seiner Thätigkeit dadurch eine bestimmte Richtung anweisen, daß er Normen über von ihm zu realisirenden Zustände festsetzt. Woher er den Inhalt dieser Normen nimmt, ob aus dem bestehenden Recht, ob aus der Sitte, ob anderswoher, ist begrifflich für deren Geltung gleichgültig, da der Staat ja nicht ihrer entferntern Abstammung wegen sie realisirt, sondern lediglich deßwegen, weil er gewollt hat, weil er die Normen aufgestellt hat. Da nun aber diese vom Staat aufgestellten Normen in derselben Weise realisirt werden, wie die von dem Willen des Staats

---

3) Nur in der Bedeutung als positives Recht ist für die Jurisprudenz der Ausdruck „Recht" ein technischer.

unabhängig existirenden Rechtsnormen, und da diese letztern gerade nur durch diese besondere Art der Realisirung ihre besondere Qualification als Rechtsnormen erhalten haben, so ist eine Ausdehnung des Begriffs Recht auf die ersteren Normen gerechtfertigt [4]). Der Begriff des Rechts ist somit nun so zu fassen, daß er alle Sätze umfaßt, welche durch den Staat realisirt werden [5]).

---

4) Eine innere Rechtfertigung liegt noch darin, daß die vom Staat gewollten Sätze anfänglich wenigstens regelmäßig aus derselben Quelle wie die ursprünglichen Rechtssätze geschöpft sind. Daß übrigens der Gegensatz in ursprünglichen Zeiten gefühlt worden ist, zeigt die verschiedene Auffassung der leges barbarorum und der Capitularien.

5) Die Realisirung kann in verschiedener Weise stattfinden. Es gibt eine Reihe von Normen, welche primär und lediglich durch den Staat zu realisiren sind. Er realisirt dieselben durch positive Handlungen seiner Organe. Hierhin gehört Alles, was wir Verwaltung nennen, und die Thätigkeit nach außen. Eine andere Anzahl von Normen stellt die sittliche Nothwendigkeit äußerer Zustände auf, welche zunächst durch den Einzelnen realisirt werden sollen. Erfolgt diese Realisirung nicht, so hat der Staat zu realisiren. Die Realisirung durch den Einzelnen erfolgt durch Handeln und Nichthandeln. Ist ein durch Handeln zu realisirender Zustand durch Nichthandeln nicht realisirt worden, so besteht die Aufgabe des Staats in einer Thätigkeit zur Realisirung des nicht realisirten Zustandes (Erfüllung) oder, wenn die Realisirung dieses Zustandes nicht mehr möglich war, zur Realisirung eines andern Zustandes, durch welchen einer Norm gemäß die durch anfängliche Nichtrealisirung hervorgebrachte Unrechtlichkeit aufgehoben wird (Prästirung des Interesse). Ist ein durch Nichthandeln zu realisirender Zustand durch Handeln nicht realisirt worden (Besitzstörung, Diebstahl, Tödtung, altius tollere), so muß die Thätigkeit des Staats darauf gerichtet sein, daß, im Fall durch ein dem unrechtmäßigen Handeln entgegengesetztes Handeln der durch Nichthandeln zu realisirende Zustand als realisirt erscheint (Rückgabe des Gestohlenen, Zerstörung des novum opus), dieses entgegengesetzte Handeln vorgenommen werde — wenn aber ein solches entgegengesetzte Handeln nicht möglich ist (bei Tödtung), oder den zu realisirenden Zustand nicht oder nicht völlig realisirt (Diebstahl), so hat der Staat neben dem entgegengesetzten Handeln oder an der Stelle desselben die Realisirung

Ist nun hierdurch ein Gegensatz zwischen Sitte und Recht gegeben? Nach der aufgestellten Erklärung des Rechts läßt sich ein formeller Gegensatz gar nicht denken, da beide Begriffe eine Vergleichung nicht zulassen. Durch die Ausdehnung des Begriffs ist nur die Möglichkeit gegeben, daß ein Theil der Rechtssätze mit der Sitte im Gegensatz ist, und eine Gewißheit darüber ist nur dadurch zu erreichen, daß der Inhalt dieses Theils der Rechtssätze erforscht wird.

Der Wille des Staats ist nicht der Wille der Gesammtheit der von ihm umfaßten Personen, sondern der Wille Einzelner oder eines Einzelnen. Auch in reinen Demokratieen ist der Staatswille nicht gleich dem Willen Aller, sondern gleich dem der irgendwie bestimmten Majorität. Einstimmigkeit Aller ist lediglich Zufälligkeit, und Frauen und Kinder sind ohnehin nicht berücksichtigt.

Es ist nun möglich, daß diesem Einzelnen (dem Gesetzgeber) eine andere Ueberzeugung von der sittlichen Nothwendigkeit innewohnt, als der den Staat bildenden Gesammtheit, und zwar kann dieß seinen Grund haben in Stammverschiedenheit (der fremde Eroberer gibt Gesetze) oder in dem Befangensein in einem von der Volksanschauung abweichenden künstlich construirten philosophischen Systeme. Es ist ferner

---

eines anderen Zustandes zu veranlassen, durch welchen die durch die Nichtrealisirung entstandene Unrechtlichkeit einer Norm gemäß aufgehoben wird (Entschädigung — Strafe — öffentliche und private).

Ob die Realisirung durch den Staat ohne Veranlassung von außen erfolgt, oder auf Antrag eines Verletzten, ob dieser Antrag selbstständig angebracht werden darf, oder nur bei Gelegenheit eines gegen den Verletzten selbst gerichteten Antrags (exceptivisch), hat auf das Wesen der Realisirung selbst keinen Einfluß. Ja, es muß selbst als Realisirung durch den Staat erscheinen, wenn eine Handlung des Einzelnen, welche an sich als widerrechtlich erscheinen würde, sobald sie als Realisirungshandlung vorgenommen ist, für nicht widerrechtlich erklärt, resp. vom Staat ignorirt wird.

möglich, daß der Gesetzgeber zwar mit dem Volke gemeinsam die sittlichen Ideen erkennt, aber aus äußeren Gründen sie nicht durch den Staat realisirt — daß er unvernünftig will. — Alles dieß sind aber Anomalieen. In einer gesunden naturgemäßen Staatsentwickelung, bei einer vernünftigen Staatsverfassung [6]) kann zwar eine Abweichung der sittlichen Anschauung des Gesetzgebers von der des Volks sich in einem Gesetze manifestiren, auch ein unvernünftiger Wille kann ein Gesetz erzeugen — solche Erscheinungen bleiben jedoch immer vereinzelt, und es bleibt geradezu undenkbar, daß die gesammte Gesetzgebung mit der Sitte des Volks fortdauernd in Widerspruch sei, ja daß sich ein Begriff des Rechts, der mit dem der Sitte principiell in Opposition sei, bilde. Am deutlichsten ergibt sich dieß, wenn man auf ursprüngliche Zustände zurückgeht. Thatsache ist es, daß jede staatliche Verbindung in einer Phase der Entwickelung gestanden hat, in welcher der Staat selbst Rechtsnormen nicht aufstellte, oder die gesetzgeberische Thätigkeit wenigstens eine sehr beschränkte war. Die Gesammtheit der Rechtssätze beruhte unmittelbar auf der Volksüberzeugung, das Recht selbst konnte daher nur als qualificirte Sitte erkannt werden, und konnte nur so auch von denjenigen, welche den Staatswillen zu fassen hatten, erkannt werden. Diese konnten daher bei ihrer gesetzgeberischen Thätigkeit auch nur von diesem Begriff ausgehen. Die Gesetzgebung begann überall mit einem Fixiren des vorhandenen Rechts, mit einem zur formalen Anerkennung Bringen des sich bildenden. Im weitern Verlauf kam sie auch zu einer Ergänzung des Rechts, indem sie Sätze aufstellte,

6) Als vernünftig kann jede Verfassungsform erscheinen, sobald die Staatsgewalt im Staate steht, nicht in Opposition zu demselben oder denselben ganz in sich absorbirt (Despotismus).

die entweder als sittliche Ueberzeugungen vorhanden, nur noch nicht zu Rechtssätzen erhoben waren, oder Rechtssätze schuf, welche, obgleich auch nicht in der Sitte vorhanden (formulirt), doch den sittlichen Ueberzeugungen entsprachen, resp. nicht widersprachen [7]), und wo gesunde Verhältnisse bestanden, hielt auch die Gesetzgebung fortwährend im Wesentlichen diesen Gang ein. Verging sie sich einmal auf falschem Wege, so bildete sich gegen den aufgestellten Rechtssatz im Volk ein neuer Rechtssatz als correctorium.

Wenn sonach die in einem Staate geltenden Rechtssätze der Idee nach alle der Sitte angehören, resp. ihr entsprechen müssen, in gesund entwickelten Verhältnissen dieß aber im Wesentlichen auch thatsächlich der Fall ist, so ist, was den Inhalt des Rechts betrifft, der nächste Grund seiner Existenz indifferent und kann deßwegen bei der Frage, wie und warum ein Satz zum Rechtssatz wird, außer Berücksichtigung bleiben.

Die Betrachtung der Sitte als solcher, die Entstehung eines Sittensatzes, der Grund dieser Entstehung liegt außerhalb der Aufgabe der Jurisprudenz. Für diese ist der Sittensatz etwas Gegebenes; interessant ist allein, wie dieser Satz zum Rechtssatz wird.

Es gibt Sätze, die ihrer Natur nach schon als Rechtssätze entstehen müssen. Es sind dieß alle diejenigen Sätze über sittlich nothwendige Zustände, die begriffsmäßig nur durch den Staat realisirt, ohne Rücksicht auf den Staat daher gar nicht gedacht werden können. Hierher gehört vor Allem der Hauptrechtssatz, der nichts Anderes ist, als der als Gebot

7) Ein solcher Rechtssatz wurde nun, sobald er vom Volk erkannt war und geübt wurde, zur Sitte. Der Einfluß der Gesetzgebung auf die Sitte kann bedeutend sein, sobald die Gesetzgebung auf demselben Boden, wie die Sitte steht — sittlich ist.

formulirte Begriff des Rechts, daß der Staat das Recht handhaben müsse. Hierhin gehören aber auch im Einzelnen alle Sätze über Verfassung des Staats und dessen Thätigkeit nach Außen. Betreffs aller übrigen Rechtssätze ist es denkbar, daß sie zuerst als reine Sittensätze entstanden sind.

Je mehr der Staat nach innen erstarkt, und das Volk sich seines Lebens im Staate bewußt wird, desto mehr tritt auch das Bestreben hervor, den einzelnen Sittensätzen staatliche Anerkennung zu verschaffen, sie zu Rechtssätzen zu erheben. Aber nicht alle Sittensätze lassen sich zu Rechtssätzen erheben, sondern nur diejenigen, welche sich auf äußere Zustände beziehen und so weit dieß der Fall ist. Es erscheint ferner vielfach als unzweckmäßig, einzelne Sittensätze, obgleich sie sich staatlich realisiren lassen, zu Rechtssätzen zu erheben, da dieselben nur als Consequenzen eines an sich seinem ganzen Umfange nach nicht staatlich realisirbaren höhern sittlichen Satzes erscheinen und nur als dessen Consequenzen sittliche Bedeutung haben. In einem Staate mit höchst ausgebildetem Rechtssystem wird deßwegen neben den Rechtssätzen immer noch eine Reihe reiner Sittensätze existiren müssen.

Die Erhebung der Sittensätze zu Rechtssätzen, resp. das Schaffen von Rechtssätzen gemäß der sittlichen Anschauung, geschieht allmälig. Veranlassung dazu geben: im einzelnen Fall die bei den veränderten Verkehrsverhältnissen hervortretende Wichtigkeit eines für nothwendig erkannten äußeren Zustandes, das Interesse an einer besonderen Fixirung und Detaillirung des Satzes, die Veränderung der sittlichen Ueberzeugung, welche manche Sittensätze neu entstehen und schon vorhandene intensiver fassen läßt, auf der andern Seite aber auch das Nachlassen der auf die sittliche Ueberzeugung basirten sittlichen Strenge, welcher die Realisirung früher lediglich überlassen werden konnte, und deren Abnahme sich in der Häu-

sigkeit von der Realisirung zuwiderlaufenden Handlungen zeigt. Es kann nun allerdings vorkommen, daß ein solch neuer Rechtssatz gleich unmittelbar als Rechtssatz entsteht, ohne daß er vorher als Sittensatz vorhanden war; dieser Fall dürfte aber nur ein sehr selten vorkommender sein, und ein solcher Rechtssatz nur eine vorübergehende Bedeutung haben. Will man daher das Recht eines Volks und einer bestimmten Zeit seinem innern Werth nach beurtheilen, so ist es nothwendig, zugleich die in derselben Zeit vorhandenen nicht zu Rechtssätzen erhobenen Sittensätze in die Betrachtung hereinzuziehen [8]), und zwar darf die Sitte (d. i. die Gesammtheit der Sittensätze) nicht als Gegensatz zum Recht oder als ohne Zusammenhang mit demselben indifferent daneben bestehend aufgefaßt werden, sondern als das Recht erklärend und ergänzend. Durch Erkenntniß der Sitte wird nicht nur die Entstehung der Rechtssätze erklärt, sondern auch das eigentliche Wesen eines aus der stricten Fassung der Rechtssätze allein nicht erkennbaren Instituts erst gehörig gewürdigt.

Von der Frage nach dem Inhalt des Rechts verschieden ist die nach der Formulirung der Rechtssätze.

Der Rechtssatz verlangt ein Erkenntnißmittel seiner Existenz und zwar das höchste menschliche Erkenntnißmittel, den Ausdruck in Worten. Diesen Ausdruck hat ihm die Wissenschaft zu geben. Der Ausdruck ist so zu fassen, daß er den Inhalt des Satzes genau erkennen läßt; mit der genauen Erkenntniß des Satzes wird daher auch der Ausdruck selbst ein genauerer, damit aber ein anderer werden. Danach ist

---

8) Diese sind meist schwieriger erkennbar, als die in Aufzeichnungen und Ueberlieferungen enthaltenen Rechtssätze. Ein richtiges Erkenntnißmittel für den Sittensatz einer früheren Zeit gewährt aber häufig der Rechtssatz der spätern Zeit.

also auch die Möglichkeit gegeben, daß ein Rechtssatz ungenau ausgedrückt sein kann, daß ein gegebener Ausdruck dem Inhalte des Rechtssatzes nicht völlig entspricht, und ein solcher Ausdruck wird dann nur als unvollkommenes Erkenntnißmittel des Rechts dienen können. Die Ungenauigkeit kann aber darin bestehen, daß der Rechtssatz zu weit oder zu eng ausgedrückt ist, daß dem Rechtssatz ein Sittensatz zugefügt, oder daß statt eines Rechtssatzes ein Sittensatz ausgesprochen ist, welcher nur in einzelnen Consequenzen als Rechtssatz erscheint, endlich kann auch ein reiner Sittensatz in der Form eines Rechtssatzes ausgedrückt sein [9]). Da aber das Ausdrücken nur eine wissenschaftliche Operation ist, so bleibt es gleichgültig, von wem der Ausdruck stammt: ob vom Volk (z. B. in Sprüchwörtern), ob vom Gesetzgeber, ob von Juristen, deren Aussprüchen der Staat ausdrücklich Gewicht beilegt, (Richter, Respondenten) oder von privaten Rechtsgelehrten. Ein ungenauer Ausdruck eines Rechtssatzes, selbst vom Gesetzgeber ausgehend, bleibt ungenauer Ausdruck. Ein durch den Staat nicht realisirbarer Sittensatz bleibt Sittensatz, auch wenn er in Gesetzesform ausgesprochen ist. Dasselbe gilt von andern Rechtsaufzeichnungen. Es ist daher völlig verkehrt, den Inhalt der Rechtsquellen mit dem geltenden Recht zu identificiren.

Manche Nationen haben ein größeres Talent, Rechtssätze genau zu erkennen und in Folge dessen genau zu formuliren. Bei diesen Nationen wird daher auch nicht nur eine wissenschaftliche Behandlung des Rechts, eine eigentliche Rechtswissenschaft, möglich sein, sondern sie werden auch Organe schaffen, durch welche die genaue Formulirung neuer

---

9) Beispiele dieser Ungenauigkeiten bietet das germanische Recht in großer Anzahl.

Rechtssätze erleichtert wird, sie werden denjenigen, welche sich mit Erkenntniß des Rechts vorzugsweise beschäftigen, einen Einfluß auf die Fortbildung desselben einräumen. Andern Nationen geht dieses Talent ab, man findet bei ihnen daher auch nicht eine wissenschaftliche Erkenntniß und Fortbildung des Rechts, sie treiben die Organe dazu nicht heraus und vermögen nicht, die Gränze der staatlichen Realisirung genau zu erkennen. Die s. g. Rechtsquellen enthalten daher häufig noch Anderes als Rechtssätze und diese Rechtssätze sind schlecht formulirt. Aus der äußeren Verschiedenheit dieser Gestaltung der Rechte verschiedener Völker leitet eine oberflächliche Betrachtung eine charakteristische Verschiedenheit des Rechts selbst ab. Weil die Gränze zwischen Sitte und Recht bei den einen nicht gezogen ist, soll sie nicht existiren; weil bei den andern die strenge Formulirung des Rechtssatzes die staatlich nicht realisirbare Sitte nicht erwähnt, soll dieselbe völlig ignorirt und der Rechtssatz nicht aus der Sitte hervorgegangen sein u. s. w.

Was von allen Rechten als geltend behauptet wurde, gilt es auch von dem römischen Recht? Bei der Betrachtung der einzelnen Institute wird es sich zeigen, daß das römische Recht sich überall eng an die Sitte anschließt, daß die römischen Rechtssätze ihren Inhalt aus den Sittensätzen genommen. Es wird deßwegen auch auf die vom Verf. angeführten Beispiele hier nicht eingegangen. Hier soll nur noch auf einige Momente aufmerksam gemacht werden, in welchen eine Berücksichtigung der Sitte durch das Recht auf das Prägnanteste hervortritt. Das contra bonos mores esse gehört doch sicherlich der Sitte an [10]) — ein Rechtsgeschäft wird durch

10) l. 15 de condition. institutionum 28, 7. Quae facta laedunt

diesen Umstand nichtig. Die bona fides, weit entfernt, selbst ein juristischer Begriff zu sein, ist in verschiedenen Lehren des Civilrechts von der größten Bedeutung. Oder sollen die bonae fidei judicia, die bonae fidei possessio zu den „Singularitäten des späteren Rechts" gehören? Und nun die Censur. Wie man auch die Stellung derselben auffassen mag[11]), so viel ist sicher, daß der Staat sittliche Integrität von dem Bürger, namentlich aber von dem forderte, der eine höhere Stellung im Staat einnahm. Die Censur war das staatliche Organ, durch welches dieser Rechtssatz realisirt wurde.

Aber auch in der Art und Weise, wie das römische Recht in der sittlichen Volksanschauung beruhende Sätze allmälig in sich als Rechtssätze aufnimmt, geht dasselbe ganz den vorhin angedeuteten Weg, ebenso wie das deutsche Recht. Das älteste Recht überläßt die Realisirung einer Reihe für sittlich nothwendig erkannter Zustände lediglich dem Einzelnen oder einer engern natürlichen Verbindung Einzelner (s. das Familienrecht), es vertraut auf die Macht der Sitte als solcher. — Die alte sittliche Strenge läßt nach, die alten Geschlechts- und Familienbande werden lockerer, der Staat tritt an die Stelle der Familie, die Macht des Rechts greift ein, wo die Sitte schwach wird. Die sittliche Auffassung mancher Lebensverhältnisse verändert sich, — Rechtssätze, welche auf die frühere Auffassung gebaut waren, machen neuen, in denen sich die moderne Auffassung spiegelt, Platz. Die Berührung mit andern Völkern erweitert den Gesichtskreis der

---

pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

11) Der Verf. sieht in dem censorischen regimen morum eine Ueberschreitung der Amtsbefugnisse, eine Willkürlichkeit, welche das Volk duldete und billigte im Interesse der Sittlichkeit (S. 96).

Römer, das Individuelle, Concrete und darum Beschränkte der römischen Sitte weicht dem Allgemeinen und Abstracten, — dieselbe Umwandlung geht im Recht vor sich. (In dieser letzteren Beziehung nimmt die deutsche Sitte und mit ihr das deutsche Recht einen umgekehrten Gang. Die Sitte individualisirt sich in den einzelnen Lebenskreisen mehr und mehr und mit ihr das Recht in den einzelnen Rechtskreisen. Erst mit der Reception des römischen Rechts tritt wieder der Aufschwung zum Freiern und Allgemeinern ein, wie dieß auch im Leben durch das Bekanntwerden mit der antiken Weltanschauung der Fall war.)

Ein Systemwechsel aber, ein nothgedrungenes Abweichen vom System liegt in diesen Veränderungen und Vermehrungen des Rechtsstoffes nicht vor. Was der Verf. in den oben (S. 8) fast durchgängig wörtlich mitgetheilten Argumentationen hierüber anführt, ist völlig unhaltbar und trägt seine Widerlegung in sich selbst. Wenn die consequente Durchführung eines Princips nicht möglich ist, so ist einer einfachen Logik nach das Princip selbst unmöglich, d. h. unvernünftig. Der Verf. sucht sich freilich mit einer Unterscheidung zwischen practischer und theoretischer Durchführbarkeit zu helfen. Unter einem Widerspruch zwischen Theorie und Praxis kann nun aber vernünftiger Weise nichts Anderes verstanden werden, als daß bei der wissenschaftlichen Erwägung unberücksichtigt gebliebene äußere Momente die thatsächliche Erscheinung eines für richtig erkannten Satzes verhindern. Hier aber sollen es nicht äußere Momente sein, welche die practische Durchführbarkeit der Regirung der Sittlichkeit durch das Recht verhindern, sondern die in dem sittlichen Bewußtsein des Volks begründete Erkenntniß der Nothwendigkeit einer Repression entschiedener Unsittlichkeiten; das heißt doch völlig klar: das Bewußtsein des Volks verlangt eine rechtliche Anerkennung der

objectiven Existenz der Volkssitte (daß diese Anerkennung nur in einigen wenigen Fällen bei „entschiedenen Unsittlichkeiten“ verlangt wird, ist natürlich völlig gleichgültig). Dieses Bewußtsein verhindert nicht die practische consequente Durchführung des subjectivistischen Princips, sondern sie macht dessen Erkenntniß unmöglich. Wer A für richtig erkannt hat, kann non A nicht für richtig erkennen. — Wie verträgt sich aber überhaupt eine „öffentliche Meinung, welche principmäßig einer der Regulatoren des sittlichen Lebens sein soll,“ ein „sittliches Bewußtsein des Volks“ [12]) mit dem subjectivistischen Princip, welches die „absolute Freiheit des Einzelnen als ethisches Postulat aufstellt“[13]), nach welchem „der Inhalt des Sittengesetzes nur subjectiv erkennbar ist,“ gemäß welchem „ein Staat, der den Inhalt des Sittengesetzes zum Recht erheben wollte, in Wirklichkeit nur die subjectiven sittlichen Vorstellungen der jeweiligen Gewalthaber oder der Majorität zum Rechte erheben würde“[14])? Wie kann, wenn eine „Sittenlehre nur fordert, daß die Handlungen der Menschen mit seiner subjectiven Auffassung des Sittengesetzes übereinstimmen“ und „der Mensch sich vor keiner äußern Macht beugen, sich durch nichts außer ihm Liegendes beherrschen oder bestimmen lassen soll“ [15]), der öffentlichen Meinung, also der mit der Ansicht des Subjects in Widerspruch stehenden Ansicht Anderer ein Gewicht beigelegt werden, wie kann der Staat „die Meinung haben, daß die Religion (und das Gewissen der Einzelnen) sowie die öffentliche Meinung diejenigen Potenzen seien, welche das sittliche Verhalten der Einzelnen zu regeln hätten“[16])?

---

12) Schmidt S. 92.
13) Schmidt S. 32.
14) Schmidt S. 36.
15) Schmidt S. 90.
16) Schmidt S. 46. Ihering, welcher bei dieser Stelle

Wenn nun aber bisher, was die Stellung des Rechts zur Sitte betrifft, eine Gleichartigkeit des römischen und des deutschen Rechts erkannt wurde, so stellt sich ein großer Unterschied zwischen beiden Rechten in der Formulirung der Rechtssätze heraus.

Die Abgränzung des Rechts von der Sitte ist eine äußerst schwierige Arbeit; um dieselbe mit Sicherheit zu vollziehen, ist neben dem angebornen Talent ein Zusammentreffen günstiger Umstände erforderlich. Unter diesen stelle ich den geringen Umfang des Gebiets, auf welchem das Recht ausgebildet wird, und daraus hervorgehend die Einheit des rechtspflegenden Organs an die Spitze, denn in und durch die Rechtspflege erhält das Recht seine erste Formulirung — jede erste Rechtsaufzeichnung, unter welcher Form sie sich äußerlich darstellt, ist dem Wesen nach ein Weisthum. Diese Bedingung war bei den Römern vorhanden. Dazu kam, daß früh schon ein Weisthum aufgestellt wurde, welches der späteren Rechtsausbildung zur ausschließlichen Basis diente.

Diese äußeren Umstände, welche die Entstehung des Rechts in Rom begünstigten, werden an einem anderen Orte näher besprochen. Das innerliche Moment war, daß die Römer den Begriff des Staats früh erfaßten und die Stellung des Einzelnen zu demselben sich klar machten. Die gleichmäßige Fassung war aber wieder durch den geringen Umfang des Rechtsgebietes und die Einheit des rechtspflegenden Organs erleichtert. Dadurch vermieden sie es, durch den Staat Realisirbares und der Realisirung durch die Sitte zu Ueberlassendes bei der Formulirung von Sätzen zu vermengen, und es entstand eine Sicherheit in der Bestimmung der Gränze des Rechts.

---

citirt wird, begeht in der Anerkennung der öffentlichen Meinung keine Inconsequenz, da er eine Objectivität der Sitte bei den Römern anerkennt.

Der Sittensatz wurde nur soweit formulirt, als er durch den Staat realisirbar war und realisirt werden sollte [17]) und in der Weise, wie er sich zu dieser Realisirung eignete [18]). Dieß Letztere tritt namentlich in dem Familienrecht deutlich hervor (s. u.). Es ist daher auch nicht möglich, aus den Rechtsdarstellungen sich ein Bild des Lebens selbst zu machen, weil gerade Alles, was durch das Leben selbst sich realisiren sollte, nicht in denselben enthalten ist.

Innerhalb des deutschen Rechts ist weder eine prägnante Fassung des Staatsbegriffs, noch eine übereinstimmend gleichmäßige Anschauung über die Gränze der Realisirung durch den Staat vorhanden. Die Sitte ist darum zwar eine ziemlich gleichmäßige, aber wie viel davon dem Recht angehört, darüber bilden sich in allen Rechtskreisen (mögen diese territorialer Natur sein oder sich für gewisse Personenklassen abschließen) verschiedene Ansichten aus, und wenn auch in mehreren Kreisen eine Aufnahme derselben Sätze in das Recht stattfand, so ist doch die Art und Weise dieser Aufnahme, d. h. die ausgesprochene Modalität der Realisirung durch den Staat oft eine verschiedene. Was das Aeußere der Formulirung betrifft, ist dasselbe vielfach ein ungenaues durch Mitaufnahme staatlich unrealisirbarer Momente. Dieser wirklich vorhandene Mangel tritt aber dadurch scheinbar noch mehr her-

17) Dadurch ist oft eine gewisse anscheinende Steifheit der Formulirung entstanden, namentlich bei später formulirten Sittensätzen. Diese Art der Formulirung, der eingeschlagene indirecte Weg können aber nicht als Beweise dafür angeführt werden, daß die betreffenden Sätze nur nothgedrungen principwidrig und als singuläre Modificationen in das Recht aufgenommen worden seien (s. Schmidt S. 93). Die Beispiele des Verfs. werden an ihrem Orte ihre Betrachtung finden.

18) Z. B. durch exceptivisches Vorbringen, wie der Grundsatz: pacta sunt servanda.

vor, daß in germanischen Rechtsaufzeichnungen, mögen sie gesetzgeberische Arbeiten sein oder über den Rechtszustand referiren, oft gar fremdartige Stoffe enthalten sind: reine Sittensätze, welche staatlich gar nicht realisirbar sind, in gebietender Form aufgestellt, oder als Motive zu einem gesetzlichen Ausspruch, oder als Gründe einer den Satz nur in einer einzelnen Anwendung und unter gewissen Voraussetzungen als rechtlich zu realisirenden aufstellenden Entscheidung [19]). Ferner ist der Rechtssatz oft nicht absolut gefaßt, sondern so, wie er bei einer gerichtlichen Geltendmachung von der Partei angeführt wird, oder in casuistischer Beschränkung. Bei Benutzung der Rechtsquellen läuft man daher leicht Gefahr, namentlich wenn man einseitig sich an Eine Quelle hält, Rechtssätze zu finden, welche als solche nie existirt haben, oder einen Rechtssatz in fehlerhafter Form, zu weit oder zu eng, zu formuliren. Geht man aber von einer vorgefaßten Ansicht aus, so bietet die ungenaue Redaction der Quellen die Möglichkeit, Belegstellen für diese Ansicht in denselben vorzufinden, eine Möglichkeit, die noch dadurch sehr erweitert wird, daß man aus den verschiedenen Quellen überall den passenden Satz sich aussucht. Die römischen Quellen sind zwar allerdings auch nicht frei von den angegebenen Mängeln. Hier hat aber ein Jahrhunderte langes genaues Studium uns die einzelnen Sätze

19) Dasselbe gilt von Urkunden, s. Gerber, über den Begriff der Autonomie im Archiv f. civ. Pr. Bd. 37 No. 2 S. 41: „In jener Freiheit und Ursprünglichkeit der Festsetzung rechtlicher Zustände lag nämlich die Möglichkeit, daß nicht bloß der eigentlich juristische, sondern auch der nur dem sittlichen Leben angehörende Thatbestand in die Beurkundung aufgenommen wurde, der dem Laien nicht selten als das Bedeutendere erscheint. Unsere Aufgabe besteht nun darin, die wirkliche Rechtsproduction in Urkundenform von der unjuristischen Zuthat zu sondern; die Vernachlässigung dieses Gesichtspunktes ist häufig der Grund gewesen, daß dem deutschen Recht mit Unrecht die Erzeugung monströser Rechtsbildungen beigemessen werden konnte."

schon so prägnant hingestellt, daß eine derartige fehlerhafte und willkürliche Behandlung nicht möglich ist.

Unser Verf. geht nun bei seiner Gegenüberstellung des deutschen und römischen Rechts darin zwar consequent zu Werke, daß er nach beiden Sinn willkürlich verfährt und nur diejenigen Sätze aushebt, welche mit oder ohne Zwang für seine Ansicht sprechen; seine Methode ist jedoch insofern eine verschiedene, als er dem römischen Recht eine bedeutende Anzahl von Rechtssätzen entzieht, das deutsche Rechtsgebiet aber mit einer Menge von reinen Sittensätzen bevölkert.

§. 4.

(Schmidt §. 3.)

Entstehung und Wesen des Rechts.

Der Ueberschrift gemäß erwartet man Untersuchungen darüber, auf welche Weise bei den fraglichen Nationen das Recht entstanden sei und welchen Charakter es zufolge dieser Entstehung habe. Es wäre hier ein Eingehen auf die Rechtsquellen selbst am Platze gewesen; statt dessen aber werden einige doctrinäre Aussprüche geliefert. An sich ist es nun allerdings von hohem Interesse, was römische Juristen und Verfasser deutscher Rechtsbücher über die Entstehung des Rechts gedacht und ausgesprochen haben; die wirkliche Entstehung, das wahre Wesen des Rechts kann durch dieselben aber nicht bewiesen werden, ja diese Aussprüche sind ihrer Natur nach für die Untersuchung sogar von geringer Bedeutung. Die gelieferten Citate sind noch dazu mit größter Willkürlichkeit zusammengestellt. Die Stellen, in welchen ex officio die Frage behandelt wird, werden als griechischen Ursprungs ohne Weiteres für nichts beweisend erklärt, „die gelegentlichen Aeußerungen" aber, welche „die eigentliche Ansicht der Juristen" enthalten sollen, sind in einer Weise zusammengestellt und benutzt, daß jus

non scriptum, consuetudo, mores, interpretatio als Synonymen erscheinen. Puchta's Untersuchungen hierüber sind ignorirt. Die Ansicht des Pomponius in l. 2. de origine juris wird völlig anders wiedergegeben. — Als Resultat wird nun freilich hier auch nur aufgestellt, daß die Juristen „das wirkliche (positive) Recht überall und in jeder Beziehung als ein Product des durch ein höheres sittliches Princip nicht beschränkten Volkswillens betrachten," daß sie „alles Recht aus Gesetzen entstanden ansehen." Diese Ansicht der römischen Juristen wird aber im Verlaufe des Buches unvermerkt zur Thatsache umgewandelt, und aus dieser werden Schlüsse gezogen. Das römische Recht wird nicht nur von den Schriftstellern als willkürlich gemachtes betrachtet, sondern ist in der That willkürlich gemacht.

Als Gegensatz wird die objectivistische germanische Auffassung hingestellt, „daß das Recht bereits vor dem Staat in den sittlichen Normen existire, welche sich in den Aeußerungen des sittlichen Bewußtseins der Menschen manifestiren." Der Staat schütze, realisire dieses Recht und, wenn er auch das Recht habe, gesetzlich festzustellen, was gelten solle, so sei er doch verpflichtet, dabei den Forderungen des sittlichen Bewußtseins zu genügen.

Es würde sehr leicht sein, eine Menge von Belegstellen aus deutschen Quellen für die entgegengesetzte Ansicht aufzuführen; man brauchte nur die Einleitungen und Schlußbemerkungen so vieler Statuten zu durchlaufen, ja schon die Worte Wilküre, Küre könnten angeführt werden; die kaiserlichen und landesherrlichen Confirmationen böten ebenfalls Material genug; das so sichtlich hervortretende Bestreben, Sätze des alten ungeschriebenen Rechts auf bestimmte Gesetzgeber (auch dieses Wort ist bedeutend) zurückzuführen, ebenso die

verbreitete Ansicht, das gesammte römische Recht resp. das damit identisch gedachte Corpus juris bestehe aus kaiserlichen Gesetzen, könnte als unterstützend gebraucht werden; man könnte ferner beweisen, daß göttlich Gebot, göttlich Recht vielfach nur auf die in der heiligen Schrift und in specie im Decalog enthaltenen Gebote bezogen, und aus Sachsenspiegel I, 3 a. E. ableiten, daß selbst das spätere canonische Recht als gemachtes Recht angesehen wurde — — jedenfalls würde dadurch die Beweiskraft der zwei von dem Verf. angeführten Beweisstellen aus der Vorrede zum Sachsenspiegel und der Augsburgischen Confession entkräftet. Aber abgesehen davon, daß sich auch die letzteren Beweisstellen vielfach vermehren lassen (z. B. Vorrede der l. Salica, erstes Buch der l. Wisigothorum), erscheinen alle diese Aussprüche als Beweisstellen für die wirkliche Entstehung des Rechts von noch untergeordneterer Bedeutung, wie die der römischen Juristen. Das Mittelalter war, wie jedes nicht reflectirende Zeitalter, zu einer Untersuchung über den Ursprung der herrschenden Ideen überhaupt unfähig. Soll ein Resultat gewonnen werden, so muß das vorhandene Rechtsmaterial selbst untersucht werden.

Und hier stellt sich eine völlige Gleichheit der Entstehung des Rechts bei Römern und Germanen dar. Das factische Verhältniß, daß bei den Römern von Anfang an Volk und Staat zusammenfielen und deßwegen dem Recht ein präciserer Ausdruck gegeben werden konnte, als dieß bei der disparaten Rechtsentwickelung bei den Germanen möglich war, läßt die Verschiedenheit beider Rechtsbildungen äußerlich freilich als sehr abweichend erscheinen. Faßt man aber einen der engeren Kreise (vgl. unten), in welchem die Rechtsbildung in Deutschland sich bewegte, in's Auge, so zeigt sich selbst äußerlich eine große Aehnlichkeit mit der älteren Rechtsbildung in Rom [1]),

1) Eine Nebeneinanderstellung der 12 Tafeln und der leges bar-

und was die spätere Zeit betrifft, so dürfte eine unbefangene Vergleichung der Art und Weise, wie man bei den Germanen

barorum möchte ich schon deßwegen nicht für gerechtfertigt halten, weil die ersteren zur Zeit der rechtlichen Gleichstellung früher verschieden berechtigter Stände oder Stämme verfaßt wurden und für diese Gleichstellung das Grundgesetz bilden, die leges barbarorum aber gerade die rechtliche Verschiedenheit staatlich vereinigter Stämme urgiren. Namentlich aber tritt der Unterschied zwischen beiden in der Stellung, welche sie in der Rechtsentwickelung einnahmen, hervor. Die 12 Tafeln blieben die formelle Basis des römischen Rechts bis in die spätesten Zeiten, die formelle Geltung der leges barbarorum ist eine sehr kurze und sie verschwinden in auffallend schneller Weise aus dem Gedächtniß des Volkes. Eine passendere Vergleichung mit den 12 Tafeln bilden die ältesten Stadtrechte sowohl in publicistischer als in privatrechtlicher Beziehung, denn wenn zur Zeit der Entstehung derselben auch noch nicht die Einheit des Rechts der Städtebewohner vollzogen, ja nicht einmal begonnen war, so bilden sie doch das Grundgesetz für die rechtliche Stellung der Städtebewohner, den übrigen Volksgenossen resp. der königlichen, bischöflichen oder gräflichen Gewalt gegenüber. Aus ihnen entwickeln sich aber auch oder schließen sich an sie an die besondern Privatrechtssätze der Stadt (interpretatio), welche eine spätere Redaction mit ihnen vereinigt. In den Reformationen der Stadtrechte findet sich dann die Aufnahme der römischen Sätze in das Stadtrecht, welche Unger (Zeitschr. für deutsches Recht VII S. 116) mit Recht mit der Aufnahme des jus gentium parallelisirt. — Wenn Ihering (Geist des röm. Rechts II S. 36 ff.) im alten Recht die Anerkennung des Gewohnheitsrechts läugnet, so kann das lediglich formell verstanden werden. Nach seiner eigenen Darstellung ist die interpretatio eine wirkliche Rechtsentwickelung und auch neue Sätze werden durch sie geschaffen. Daß sie sich an die 12 Tafeln anschließt, hat nur Einfluß auf die Formulirung der Rechtssätze, welche dadurch zwar öfters steif wird, aber den Vorzug der Präcision hat; materiell gehört die Bildung neuer Sätze ohne Gesetz dem Gewohnheitsrecht an, mag sich auch „die interpretatio nicht als selbstständige Production außer und über, sondern unter das Gesetz stellen, mag sie nach Ansicht der Römer nicht prätendiren, eine gewohnheitsrechtliche Bildung zu sein" (wo verba legis und interpretatio so deutlich gegenübergestellt werden, wie z. B. in §. 10 J. ad legem Aquil. muß doch wohl für beide ein verschiedener Grund der rechtlichen Geltung prätendirt werden), „sondern sich und ihre Resultate auf das Gesetz

Gesetze verfertigte und verfertigt mit der gesetzgeberischen Thätigkeit der späteren Imperatoren bei den Letzteren wol kaum die größere Willkürlichkeit und geringere Achtung vor der consequenten Entwicklung der Rechtsinstitute zu finden vermögen. Stimmt ja doch selbst die äußerlich so verschieden erscheinende Fortbildung des Rechts durch die Organe der Rechtsprechung innerlich mit einander überein. Nicht der einzelne Schöffenspruch, nicht das Edict des Einen Prätors brachte einen neuen Rechtssatz hervor oder ließ dessen Existenz erkennen: erst durch mehrere übereinstimmende Sprüche oder durch öftere Berufung auf einen früher ergangenen wurde die Existenz des Rechtssatzes bewiesen; erst dadurch, daß der formulirte Satz, nach dem der eine Prätor sprechen zu wollen erklärte, in die nachfolgenden Edicte überging, stand er fest und war über die subjective Anschauung des einzelnen Prätors erhaben. Ob der Satz aber vor dem Spruch als allgemeine Norm für künftige Urtheile hingestellt oder bei Entscheidung bestimmter Fälle manifestirt wurde, erscheint bei der innern Uebereinstimmung der Bedeutung derartig aufgestellter Sätze als äußere Zufälligkeit, oder will man ja darin eine Verschiedenheit erkennen, so kann es nur die sein, daß die prätorische vorgängige und allgemeine Formulirung die Existenz der betreffenden Volksüberzeugung weit evidenter voraussetzt, als der zum Zweck der Entscheidung eines einzelnen Falles mehr concret ausgesprochene Schöffenspruch. Entspricht ferner die auctoritas prudentium nicht völlig dem Urtheil oder Rath weiser Leute? Zeigt nicht gerade die Bezeichnung dieser Personen, deren Ansprüche als rechtliche anerkannt wurden, als prudentes, wie man die Existenz von etwas schon Bestehendem annahm, zu dessen Erkenntniß ein besonderer Grad der Befähigung nothwendig war

selbst stützen, sich dem System des geschriebenen Rechts als Ergänzung und Erläuterung einfügen." (Ihering a. a. O. S. 38.)

(das Vorhandensein latenter Rechtssätze, wie Ihering sie nennt). Um die Existenz eines Gesetzes zu erkennen, dazu braucht man nicht prudens zu sein.

Betrachtet man nun aber das Rechtsmaterial selbst, so tritt in allen Zweigen des römischen Rechts eine consequente Rechtsentwicklung so deutlich hervor, daß dieselbe zum allgemeinen Sprüchwort geworden ist. Diese ist aber hervorgegangen aus dem Conservatismus der Römer. Aeußerlich erscheint der Conservatismus zwar als willkürliches Festhalten am Vorhandenen, zufällig Gewordenen [2]) und ist insofern, sobald dieß Vorhandene mit der gegenwärtigen subjectiven Ueberzeugung des Festhaltenden im Widerspruch steht, nicht zu rechtfertigen; seinem Wesen nach besteht er aber in dem Festhalten an der im Gewordenen ausgesprochenen und aus demselben abstrahirten Idee und ist insofern gerechtfertigt, als eine solche Idee als objectiv wahr erscheint. Darin liegt schon, daß ein unbedingtes Festhalten an den einzelnen oft zufälligen Manifestationen dieser Idee nicht dem Wesen des Conservatismus entspricht, sondern daß die erkannte Idee die wenngleich neu auftretenden sittlichen und rechtlichen Erscheinungen durchdringen muß. Ja man wird es selbst noch für ein conservatives Verfahren halten müssen, wenn man einer mit der bisher geltenden Idee nicht übereinstimmenden Ueberzeugung nicht in der Weise Geltung verschafft, daß man jene völlig beseitigt, sondern sich bei der Geltendmachung derselben der alten Idee möglichst anschließt. Dieß ist nun aber gerade das Verfahren, welches der römischen Rechtsbildung augenfällig zu Grunde liegt. Was ist es aber anders, als das Unterordnen der subjectiven Ueberzeugung unter den objectiven Satz, mithin eine Anerkennung des

---

2) Vgl. Ihering a. a. O. Bd. I. S. 309 „Conservatismus der Angst."

objectiven Princips. Wie stimmt mit der behaupteten, rein willkürlichen Entstehung die Thatsache, daß sich ein neuer Rechtssatz schüchtern gleichsam durch die Hinterthür einschleicht und oft erst nach Jahrhunderten den früheren Rechtssätzen für ebenbürtig erachtet wird? Faßten die Römer wirklich das Recht in der vom Verf. behaupteten Weise auf, so ist es unerklärlich, warum der neue, für richtig erkannte Rechtssatz nicht augenblicklich den alten verdrängte. Es finden sich aber auch sogar vielfältige Ausdrücke vor, in welchen der Begriff der höheren Rechtsidee in verschiedener Auffassung und Stärke hervortritt, z. B. aequitas, ratio, utilitas [3]).

Bei dem practischen Zweck des Verfassers kömmt es nun aber freilich mehr darauf an, wie er selbst sagt [4]), „welche Voraussetzungen und Principien wir aus dem römischen Recht entnommen haben, als von welchen die Römer bei der Construction desselben in Wirklichkeit ausgegangen sind." Es wäre also noch zu untersuchen, ob die Germanen die Ansicht von dem gesetzlichen Fundament des Rechts aus dem römischen Recht entnommen haben.

Ueberall da, wo die Staatsidee ausgebildeter hervortritt und die mächtigere Staatsgewalt früher unbeachtete Lebensverhältnisse in den Kreis ihrer Wirksamkeit zieht, wird sie Rechtsnormen festsetzen, die gerade ihrer Festsetzung durch die Staatsgewalt wegen Geltung haben. Je öfter und je evidenter dieß geschieht, desto schneller und leichter wird die Anschauung sich ausbilden, daß alle Rechtsnormen diesen formellen Anfang

3) Ich kann mir nicht denken, daß der Verf. wirklich eine Erklärung gegeben zu haben glauben kann, wenn er ratio einfach als „Vernunft" nimmt (S. 67); noch eher ließe sich „Zweckmäßigkeit" für utilitas rechtfertigen, namentlich wenn man das erstere Wort Zweck objectiv faßt.

4) Schmidt, S. 23.

haben, und man wird in consequenter Fortbildung dieser Anschauung auch denjenigen Normen, deren anderweite Entstehung erkannt wird, als formellen Geltungsgrund die Connivenz der Staatsgewalt zuschreiben. Es bedarf einer tiefer gehenden wissenschaftlichen Betrachtung, um zu finden, daß die Staatsgewalt in ihrem Schaffen nicht völlig selbstständig und willkürlich handelt und, um Wirksames zu vollbringen, nicht so handeln kann. Nur da, wo die Staatsgewalt sich mit der Schaffung von Rechtssätzen überhaupt gar nicht abgibt, kann das Volk die absolute Existenz des Rechts annehmen. Doch selbst in diesem Zustande wird das allgemein menschliche Bestreben, für eine fortdauernde Erscheinung einen formellen Anfang zu finden, zur Zurückführung einzelner Rechtssätze und ganzer Complexe derselben auf bestimmte hervortretende historische Persönlichkeiten als Urheber führen, und das Recht muß nun als Ausfluß des Willens dieser Personen, mithin als gemachtes, gesetztes erscheinen. Die Ansicht von der formellen Entstehung des Rechts wird zu allen Zeiten eine geläufige sein. Und so war es auch in Deutschland überall da, wo die Staatsgewalt in größeren oder kleineren Kreisen mächtig war. Das placuit der karolingischen Capitularien stellt die formelle Geltung in den Vordergrund, eine Erwähnung des göttlichen Rechts erfolgt nur, wo es sich um kirchliche Gegenstände handelt und auch da wird es nur als urkundlich niedergelegtes in den heiligen Schriften und den canones, also als formell geltendes betrachtet. Die Volksrechte erhalten königliche Sanction und werden emendirt. In der späteren Zeit weisen die Stadt- und die Hofrechte lediglich auf den formellen Grund ihrer Geltung hin; das Sachsenrecht wird als von Constantin und Karl gesetzt bezeichnet[5]; der Name

---

5) Ihering a. a. O., II. S. 35 sieht das Zurückführen der

„Kaiserrecht" in verschiedener Bedeutung deutet auf dieselbe Anschauung hin [6]. — Wenn hin und wieder in deutschen Rechtsquellen von einem natürlichen Recht die Rede ist, so ist dieß eine rein doctrinäre Argumentation eines Einzelnen ohne alle practische Bedeutung. Dieß geht namentlich aus Sachsensp. III, 42 hervor, der in das sächsische Weichbildsrecht, in den Schwabenspiegel und das Rechtsbuch nach Distinctionen übergegangen ist. Eigenthümlicher Weise legt der Verf. S. 211 auf diesen Artikel Gewicht und findet bei der Vergleichung desselben mit l. 4. §. 1. de statu hominum eine bedeutungsvolle Verschiedenheit in der deutschen und römischen Betrachtungsweise über die Rechtsbeständigkeit der Unfreiheit, während einer unbefangenen Betrachtung die völlige Gleichheit der Argumentation nicht entgehen kann. Ein höherer objectiver Rechtfertigungsgrund fehlt, deßwegen erklären beide Stellen übereinstimmend das Institut für ein durch menschliche Einrichtungen geschaffenes und demgemäß für rechtsbeständig. Gerade in der Erklärung des Spieglers, daß etwas vor Gott Unrecht sein könne und trotzdem bestehe, liegt die klare Widerlegung der unabänderlichen Geltung des s. g. natürlichen Rechts. Die allgemeinen Sätze der Glosse des Sachsenspiegels, welche sich noch dazu völlig auf römische Stellen (direct und indirect) stützt, sind daher völlig unbedeutend.

Die Zurückführung alles Rechts auf eine bestimmte formelle Quelle tritt auch gerade in der Auffassung des römischen Rechts als kaiserliches Gesetzesrecht hervor, eine Ansicht, die doch nicht aus dem römischen Rechte selbst entnommen sein kann. Wenn aber der Verf. die Anschauungsweise der historischen Schule von dem Recht und dessen Entstehung als Ar-

Einrichtungen der Urzeit auf Gesetze des Romulus und Numa irrthümlich als gerade für das römische Recht charakteristisch an.

6) Senckenberg, Corpus juris Germanici t. I. praefatio §. 3 sq.

gument dafür, daß diese objectivistische Auffassung eine wesentlich deutsche sei, braucht, so dürfte man ihm wohl zu bedenken geben, aus welchem Rechte sich diese Schule ihre Kenntniß geholt, welches Recht sie vor Allem wissenschaftlich betrachtet habe. Gerade durch das Studium des römischen Rechts ist der modernen Jurisprudenz die objective Natur des Rechts klar geworden. — Wenngleich daher nicht zu läugnen ist, daß auch in der Zeit nach der Reception des römischen Rechts in Deutschland die Ansicht von der formellen subjectivistischen Entstehung des Rechts gäng und gebe war, so kann man, um hieraus abzuleiten, daß diese Ansicht durch die Reception des römischen Rechts entstanden sei, nicht einmal das Argument quia post hoc, ergo propter hoc brauchen.

§. 5.

(Schmidt §. 4.)

Stellung des Volks zum Recht.

Der Verf. argumentirt folgendermaßen: dem römischen Subjectivismus gemäß steht das Volk als Schöpfer des Rechts über der von ihm geschaffenen Rechtsordnung — Princip der Volkssouveränetät. Das Volk ist weder im Allgemeinen, noch im einzelnen Fall an dieselbe gebunden und eben so ist auch der Delegatar der Souveränetät, der Inhaber der Staatsgewalt legibus solutus. Nach der germanischen objectiven Anschauung steht das Volk unter der von Gott aufgerichteten Rechtsordnung — Princip des göttlichen Rechts. Das Volk kann das Recht allerdings nach seiner Erkenntniß des in seinem sittlichen Bewußtsein offenbarten göttlichen Willens gestalten, aber es ist eben durch diese Erkenntniß gebunden. Dieser Gegensatz begründet eine Verschiedenheit in der Gestaltung des Rechts, namentlich des Staatsrechts. „Ist

der Wille des Volks die Quelle alles Rechts, so muß er auch als solche dargestellt und behandelt, und folglich die ganze Verfassung so gestaltet werden, daß sowol bei der Gesetzgebung, als auch bei der Staatsregierung überall der Wille des Volks, d. h. hier der actuelle Wille aller Einzelnen oder der Majorität, ermittelt und realisirt wird. Im andern Fall muß dagegen der göttliche Wille, das Ethos, als das herrschende Princip dargestellt und behandelt, folglich die ganze Verfassung so gestaltet werden, daß sowol bei der Gesetzgebung, als bei der Regierung nicht sowol der Wille des Volks oder der Majorität, sondern überall das in dem sittlichen Bewußtsein des Volks sich manifestirende Ethos ermittelt und realisirt wird." Im ersten Fall unbeschränkte Macht des Volks oder des Delegatars seiner Souveränetät, Möglichkeit der Abweichung von der allgemeinen Rechtsordnung im einzelnen Fall durch Personalconstitutionen, Instructionen an den Richter u. s. w., Unmöglichkeit von Schranken gegen den Mißbrauch dieser Gewalt, namentlich zur Sicherung der Minorität. Im zweiten Fall Beschränkung des Inhabers der Staatsgewalt durch den göttlichen Willen und äußere Schranken gegen den Mißbrauch dieser Gewalt, Sicherung der Minorität durch verschiedene Curien, itio in partes und Richterspruch, der einzelnen Individuen durch Verpflichtung der Obrigkeit zur Gewährung eines Richterspruchs, Verbot der Cabinetsjustiz u. s. w. Die weitere Ausführung dieser Sätze und den Beweis, daß darin grade der specifische Unterschied des römischen und germanischen Staatsrechts beruhe, behält sich der Verf. für den zweiten Band vor und fügt nur noch hinzu, daß in Rom allerdings eine sittliche Beschränkung dieser Machtvollkommenheit anerkannt worden sei, aber eben nur als sittliche, über deren Existenz der Machthaber selbst zu entscheiden gehabt habe, während das germanische Staats-

recht den Inhaber der Staatsgewalt zur Unterordnung seines Willens unter einen Richterspruch verpflichte.

Der Verfasser confundirt zwei wesentlich verschiedene Begriffe fortwährend mit einander. Den Absolutismus des Staatswillens, gleichviel wer Träger der Staatsgewalt ist, und diejenige Verfassungsform, nach welcher die Gesammtheit der Volksglieder Träger der Staatsgewalt ist — beide begreift er unter dem Namen Volkssouveränetät, während dieser an sich unklare Ausdruck, dem heutigen Sprachgebrauch gemäß, nur für die genannte Verfassungsform gebraucht wird, beide Begriffe aber auch gar nicht sich bedingen, so daß ihr neben einander Vorkommen als zufälliges erscheint.

Wie wenig genau die Deduction der Volkssouveränetät aus dem subjectivistischen Princip ist, zeigt sich schon in der wirklich naiven Weise, mit welcher der Verf. die für diejenigen, welche die reine Democratie als die an und für sich vernünftige und daher ohne Weiteres selbstverständliche Verfassung ausgeben, so sehr peinliche Frage nach dem Rechtsgrunde der Majoritätsherrschaft völlig übergeht. S. 76 wird gesagt: „Der Wille des Volkes, d. h. hier der actuelle Wille aller Einzelnen oder der Majorität;" dieselbe Zusammenstellung durch „oder" vermittelt wiederholt sich.

Eine Untersuchung dieser Frage hätte den Verfasser freilich auch alsbald von der Unmöglichkeit überzeugt, wie überhaupt einen Rechtssatz, so hier speciell eine bestimmte Verfassungsform, die ja weiter nichts ist, als ein Complex von Rechtssätzen, aus dem s. g. subjectivistischen Princip zu construiren. Ist es, wie das der Verf. anzunehmen scheint, etwas Selbstverständliches, daß die Majorität die Gesammtheit repräsentirt (wie dieß der in l. 160 de regulis juris all-

gemein ausgesprochene, aber in dieser Allgemeinheit in Rom wol nie anerkannte Satz aufstellt) — woher stammt dieser Satz? Er müßte dann doch wol eine objectiv feststehende Wahrheit sein. Soll aber auch dieser Satz ein willkürlich festgesetzter sein, durch wen ist er dann festgesetzt? Nothwendig durch die Gesammtheit. Diese konnte ihn jedoch nicht anders festsetzen, als indem jeder Einzelne ausdrücklich oder stillschweigend erklärte, seinen Willen dem der Gesammtheit unterwerfen zu wollen, also durch Negation des subjectivistischen Princips. Daß eine gegebene Erklärung binde, ist der objective Satz, von welchem dabei ausgegangen werden muß.

Der Verf. beruft sich schon in der Vorrede auf die Uebereinstimmung seiner Auffassung des römischen Rechts mit der Ihering's [1]); es sei mir deßwegen erlaubt, hier einen Blick auf die Construction dieses geistreichen Schriftstellers, so weit sie unsere Frage berührt, zu werfen. Ihering [2]) sagt: „Wille des Staats ist Wille der Individuen, Gesetz ein Vertrag, wodurch sich Letztere gegenseitig zu einer gewissen Handlungsweise verpflichten, das Recht im objectiven Sinn die daraus entstehende Verpflichtung Aller."

Wollte man gegen diese Darstellung einwenden, daß durch Vertrag nur einzelne Rechtsverhältnisse bestimmt, aber nicht ein Rechtssatz geschaffen werde, so könnte diesem Einwand mit Recht entgegnet werden, daß die Unterscheidung von Bestimmung von Rechtsverhältnissen und Rechtssatz hier, wo alle diejenigen, welche durch den Rechtssatz gebunden sein sollen, contrahiren, eine völlig unpractische sei. Für Käufer und Verkäufer hat die concrete vertragsmäßige Feststellung

1) Geist des römischen Rechts. Bd. I.
2) a. a. O. Bd. I. S. 201.

über die Tragung der Gefahr ganz dieselbe Bedeutung, wie der dasselbe Kaufgeschäft normirende allgemein festgestellte Satz über Gewähr der Mängel. Innerhalb des Rechtskreises des concreten Kaufgeschäfts kann man beide Sätze als Rechtssätze bezeichnen. Deutlicher tritt dieß hervor, wo zwischen Geschäftsfreunden Bedingungen festgesetzt werden, nach welchen alle zwischen ihnen vorkommenden Geschäfte beurtheilt werden sollen, besonders deutlich in Gesellschaftsverträgen, in welchen möglichst alle vorkommenden Rechtsverhältnisse ausdrücklich geregelt werden, so daß auf allgemeine Rechtssätze selten nur recurrirt zu werden braucht. Auf welche Weise können aber diese besonderen Regeln festgesetzt werden? Dadurch, daß jeder Einzelne, dessen Verhältnisse dieselben berühren sollen, sich ihnen unterwirft, d. h. seinen Willen in entsprechender Weise bindet. Ich kann durch Vertrag gebunden werden, weil ich meinen Willen binden kann, d. h. durch besonders qualificirte Willenserklärung bewirken kann, daß ich vernünftiger Weise später nicht anders wollen kann (darf). Ich binde mich durch Vertrag, weil ich will. Auf dieselbe Weise können nun allerdings auch sämmtliche Angehörige eines Volksstammes mit einander contrahiren, es muß aber auch für eine solche „publicistische Societät" [3]) dasselbe Erforderniß aufgestellt werden, daß jeder Einzelne seinen Willen in entsprechender Weise binde. Das einzelne Volksglied ist nur darum obligirt, weil es gewollt hat; wer nicht gewollt hat, ist nicht obligirt. Daraus, daß schon verschiedene Verträge zwischen allen Volksgliedern abgeschlossen wurden, folgt noch nicht, daß eine Anzahl derselben durch einen unter sich abgeschlossenen neuen Vertrag auch die übrigen früheren Contrahenten binden kann, und es bleibt völlig einerlei, ob diese zum Beitritt zu diesem Ver-

3) Ihering a. a. O. Bd. I. S. 195.

trag aufgefordert worden sind, oder nicht. Auch der Inhalt des neuen Vertrags ist völlig irrelevant, er mag mit dem eines früheren Vertrags in Beziehung stehen oder nicht. Der neue Vertrag kann auf die früheren Verträge nicht den mindesten Einfluß ausüben. Diese bleiben, welchen Inhalt auch der neue Vertrag haben mag, so weit es sich um die Verpflichtungen gegen die nicht neu contrahirt habenden alten Contrahenten handelt, völlig bestehen. Ganz dasselbe muß auch gelten, wenn die alten Contrahenten sämmtliche Glieder eines Volkes waren. Nach dem reinen Princip des subjectiven Willens sind also Majoritätsbeschlüsse nicht bindend.

Sowie nun aber vertragsmäßig festgesetzt werden kann, daß die einzelnen Contrahenten nicht nur ihren Willen in bestimmt ausgesprochener Weise binden, sondern sich allgemein obligiren, in bestimmter Weise festzusetzende Regeln als für sich bindend anzusehen[4]), so ist auch eine derartige Festsetzung durch sämmtliche Glieder eines Volkes denkbar. Es ist denkbar, daß sämmtliche Volksglieder über einen Modus der Feststellung gewisser Regeln übereinkommen und sich auf diese Weise aufzustellenden Regeln im Voraus unterwerfen. Diese Fest-

4) Dergleichen Verträge bilden den ersten Anfang der meisten Actiengesellschaften. Bei der Zeichnung der Actien werden s. g. provisorische Statuten vorgelegt, deren definitive Feststellung, mitunter ihrem ganzen Inhalt nach, der ersten Generalversammlung der Actionäre vorbehalten wird, d. h. der Majorität der in der Versammlung erschienenen (mitunter noch speciell, z. B. durch den Besitz mehrerer Actien qualificirten) Contrahenten. Gegründet wird die Actiengesellschaft durch den Consens sämmtlicher Gesellschafter (Zeichnung der Actien), Inhalt des Grundvertrags ist möglicher Weise nur die Unterwerfung unter die von einigen Gesellschaftern aufzustellenden Regeln und der Bestimmung der Art, in welcher diese Regeln festgestellt werden sollen, wenigstens für das erste Mal, denn möglicherweise kann die Majorität berechtigt sein, einen anderen Modus auch hierfür einzuführen, also auch z. B. eine andere Majorität.

stellung kann einer oder mehreren Personen übertragen werden, es kann festgesetzt sein, daß, um eine Regel gültig festzustellen, alle Contrahenten berufen werden müssen, und daß die übereinstimmende Willenserklärung einer Majorität der Erschienenen die Regel bildet. Diese Modalitäten sind aber, was den Grund der Verbindlichkeit der festgestellten Regeln für alle Volksglieder betrifft, völlig gleichgültig. Für die Minorität ist die Majorität ebenso ein Dritter, als der Eine, oder die Wenigen, in deren Hand die Feststellung der Regeln gelegt ist, und selbst die der Majorität angehörenden Volksglieder sind nicht obligirt durch ihre Willenserklärung, sondern durch die Willenserklärung der Majorität. (Erst wenn diese sich herausgestellt hat, hat das einzelne Votum Bedeutung.) Der Grund der Obligirung Aller ist der einstimmig angenommene Vertrag, der Grundvertrag. Der Inhalt dieses Vertrags ist nun aber die Negation des subjectiven Willens, die Anerkennung eines über den Einzelnen stehenden Staatswillens, mithin die Anerkennung eines von der Gesammtheit der Individuen verschiedenen Staates. Geht man also auch ursprünglich von dem System des subjectiven Willens aus, so muß man doch, um zu dem Satze zu gelangen, daß allgemein bindende Sätze auch gegen den Willen einzelner Volksglieder festgestellt werden können, mit dem ersten Schritt das System sich selbst zerstören lassen.

Ihering glaubt auf eine andere Weise die Majoritätsbeschlüsse rechtfertigen zu können. S. 203 sagt er: „Die Wirkung des Gesetzes für den Einzelnen ist die eines Vertrags, den er selbst mit abgeschlossen hat;“ und weiter S. 113: „Ob er für oder gegen das Gesetz stimmte, oder an der Abstimmung keinen Antheil nahm, ist für diese Auffassung gleichgültig. Indem er im Staate bleibt, erkennt er das Gesetz hinterher auch für sich als bindend an.

Gehen wir auf das Privatrecht zurück. Drei Personen schließen eine Societät. Nachdem die Erfüllung des Societätszweckes angefangen hat, aber noch nicht vollendet ist, schließen zwei der Gesellschafter einen neuen Vertrag, welcher sich vielleicht auch auf den Societätszweck bezieht. Der dritte Gesellschafter, der trotz der Aufforderung der beiden andern nicht zu dem neuen Vertrag hinzutritt, tritt aber auch nicht aus der alten Societät aus; hat er dadurch sich dem neuen Vertrag unterworfen?

Nach Ihering existirt ein von der Gesammtheit der römischen Bürger verschiedener Staat ursprünglich nicht. Es kommt nur zwischen diesen eine Reihe von Verträgen vor. Diese sind von einander unabhängig frei abgeschlossen worden, die Summe derselben macht das öffentliche Recht aus. Es soll eine neue Regel festgestellt werden. Die Majorität schließt den betreffenden Vertrag ab. Man wird nun allerdings auch hierbei stillschweigende Willenserklärungen anerkennen müssen, und so kann unter Umständen das Nichterscheinen bei der Abstimmung als concludente Handlung gelten, und auch der dissentirenden Minorität Angehörige können sich durch concludente Handlungen der Regel unterwerfen. Das s. g. „im Staate Bleiben" ist aber an sich eine concludente Handlung nicht. Man kann darunter verstehen das innerhalb der Stadt Wohnenbleiben, oder die fortdauernde Anerkennung und Erfüllung der früher der Gesammtheit gegenüber freiwillig übernommenen Obligationen. Das Erstere beruht auf dem ungebundenen, subjectiven Willen, zum Zweiten existirt sogar eine Verpflichtung. Die Ausführung einer rein facultativen Handlung und die Erfüllung einer Verpflichtung sind aber an sich nun und nimmer concludente Handlungen. Nur eine feststehende Regel, daß der den Ausspruch der Majorität nicht Anerkennende nicht mehr als berechtigtes Volksglied — civis

romanus — gelten sollte, kann das sich als civis Geriren als thatsächliche Willenserklärung, sich der Majorität zu unterwerfen, rechtfertigen. Diese Regel aber, mag man sie durch einen ursprünglichen, wirklichen Vertrag festgesetzt, oder als objectiv existirend ansehen, enthält die Negation des Systems des subjectiven Willens und mithin der Identität der Gesammtheit der Bürger und des Staates.

Der Verf. will den Beweis seines Hauptsatzes erst im versprochenen zweiten Band führen. Es soll deßwegen auch hier auf die aufgestellten Sätze nicht ausführlich eingegangen[5]), sondern nur auf das Irrthümliche in einzelnen derselben aufmerksam gemacht werden [6]).

Der Verf. macht nirgends einen Unterschied zwischen den verschiedenen Verfassungen des römischen Staats und dem Despotismus der späteren Kaiserzeit. Ihm ist die Fiction,

---

5) Wenn der Verf. im zweiten Band auf den Einfluß der Lehre von dem Absolutismus des römischen Imperators (welcher, wenn auch dem Gang der römischen Geschichte entsprechend und historisch gerechtfertigt, aus den Principien des römischen Rechts nicht zu deduciren ist und vom rechtlichen Standpunct aus als Zufälligkeit erscheint) auf die deutsche Staatsverfassung kömmt, so möge er es doch ja vermeiden, lediglich theoretische mit den thatsächlichen Verhältnissen in schneidendem Widerspruch stehende Aussprüche (z. B. die der Doctoren in der Anekdote vom geschenkten Pferde) als Beweise anzuführen. Ferner ist das kaiserliche Imperium und die Landeshoheit genau aus einander zu halten und sind die einzelnen Entwicklungsstufen derselben zu berücksichtigen. Es gibt wohl kaum eine Lehre, in welcher die theoretischen Deductionen so weit von der rechtlichen Thatsache abweichen, als die von der kaiserlichen Machtvollkommenheit. — Die Anführung (S. 156, N. 4) der sophistischen und doch unbehülflichen Distinction der Glosse zu Sachsenspiegel III, 78 rechtfertigt wol die ausgesprochene Befürchtung und Bitte.

6) Vergl. Ihering a. a. O. Bd. II. S. 59 ff.

durch welche die Kaiser ihre Machtvollkommenheit zu rechtfertigen suchten, eine Wahrheit. Der Kaiser gilt ihm wirklich als Delegatar der Souveränetät des Volks. — Auf die Bestimmungen der servianischen Verfassung scheint er nach S. 77, Note 1 gar keine Rücksicht nehmen zu wollen; wie leicht aber ließen sich diese, namentlich die Sonderung der seniores und juniores und die Verschiedenheit der Zahl der Centurien in den einzelnen Classen in der Weise des Verfassers für sein System der Ermittelung des Ethos ausbeuten. — Wen er bei den Germanen als Inhaber der Staatsgewalt bezeichnen will, ist nicht klar. Manches scheint sich nur auf den Kaiser zu beziehen, Anderes aber auch von den Landesherrn verstanden zu werden[7]). Falsch bleibt es aber sowol für den Kaiser, als für die Landesherrn, dieselben als Inhaber der Staatsgewalt zu bezeichnen. — Falsch ist die gleichartige Behandlung der Reichsstände und der Landstände, und die von den Ständen im Allgemeinen vorgetragenen Sätze gelten weder von diesen, noch von jenen. Falsch ist es, daß die Staatsgewalt bei den Germanen dem Richterspruch unterworfen war. Der König allein konnte wegen Verbrechen angeklagt werden[8]); wo war aber das Gericht, welches ein Reichsgesetz oder eine mit Zustimmung der Kurfürsten oder des gesammten Reichstags vorgenommene Regierungshandlung seiner Cognition unterziehen konnte? — Ein eigenthümlicher

7) Siehe z. B. S. 156 Markgraf, Graf. (Da die Ausführungen des §. 14 sich eng an die des vorliegenden Paragraphen anschließen, so habe ich Einiges, was dort erst ausgeführt wird, schon hier berücksichtigt.)

8) Vor der Verurtheilung mußte der König seiner Würde verlustig erklärt sein (Sachsensp. III, 54. §. 4). Ebenso wird der römische Magistrat nach Niederlegung seiner temporären Gewalt, wegen der bei seiner Amtsführung begangenen Verbrechen, verurtheilt.

Versuch ist es, in der aus einem Compromiß feindlicher Parteien im Reich hervorgegangenen s. g. itio in partes eine Consequenz der germanischen Auffassung des Staats zu erkennen. Die Herrschaft der Majorität innerhalb des einzelnen „Standes" bei der itio in partes rechtfertigt der Verf. als ein judicium parium, durch welches die Minorität gewissermaßen überwunden sei [9]). Da in Rom, wie der Verf. selbst behauptet, nur Ein Stand vorhanden war, so könnte mit demselben Recht und in derselben Weise auch dort die Herrschaft der Majorität gerechtfertigt werden.

Wenn in der römischen Verfassung jede Garantie vermißt wird [10]), so ist die Intercession jedes höheren Magistrats und des speciell zu diesem Zweck geschaffene Tribunats ignorirt. Ferner wird der Verantwortlichkeit der Magistrate nach Niederlegung ihres Amts nicht gedacht. Die Behauptung aber, daß sie nach dem Willen des Volks (wie diesen der Verf. für Rom versteht) ihr Amt verwalten mußten, ist unbegründet [11]). Was endlich die Jurisdiction betrifft [12]), so waren gegen den Prätor und dessen Verfügungen dieselben Garantieen wie gegen die andern Magistrate gegeben, die Entscheidung der judices war aber völlig unabhängig. Zwischen der römischen und germanischen Jurisdiction fand allerdings eine große Verschiedenheit statt. Die Rollen des Prätors und der judices waren in dem Verhältniß des Richters und der Urtheilsfinder gleichsam verwechselt: in Rom sprach der Prätor, in Deutschland der Urtheilsfinder den in concreto anzuwendenden Rechts-

---

9) Schmidt S. 166. N. 5.

10) Vergl. die vorzügliche Darstellung Ihering's a. a. O. Bd. II. §. 35.

11) Ihering a. a. O. Bd. II. S. 274. N. 414.

12) Ihering a. a. O. Bd. II. S. 79 ff., wo besonders die Ausdehnung des Gebiets der römischen Justiz hervorgehoben wird.

satz aus; darin aber, worin der Verf. den Unterschied sucht, ist vielmehr eine Uebereinstimmung vorhanden. Wie die römischen judices „nur durch den Auftrag des Prätors die Befugniß der Entscheidung erlangen" [13]), so finden die Schöffen das Urtheil auch nur nach vorhergegangener Frage des Richters, stehen aber selbst zu der Staatsgewalt in ähnlichem Verhältniß, wie die judices. Eigenthümlich ist bei Behandlung dieses Punctes die Gegenüberstellung von „Volk," welches selbst, oder durch einen beauftragten Magistrat entschieden habe, und „unbescholtenen kundigen von der Staatsgewalt unabhängigen Männern," welche in Deutschland das Urtheil fanden [14]). — Was die Ertheilung von Privilegien betrifft, so war eine solche in den XII Tafeln untersagt und selbst die spätern Kaiser schrieben sich nicht die Befugniß der willkürlichen Ertheilung derselben zu (l. 7. C. de precibus imperatori offer., l. ult. C. si contra jus vel utilitatem publicam), sondern unterstellen dieselbe der richterlichen Cognition. Dasselbe gilt von den Eingriffen in eine anhängige Streitsache (Nov. 113. 125).

Es bleibt nur noch übrig, den Sätzen des Verfassers folgende Sätze gegenüberzustellen.

Weder nach der germanischen, noch nach der römischen Anschauung steht der Staat über dem Recht und kann willkürlich Recht schaffen. Da jedoch der Staat nach den früheren Ausführungen im Stande ist, über die durch ihn zu realisirenden Zustände Normen aufzustellen, über dem Staat aber keine Macht steht, welcher die Prüfung zusteht, ob diese Normen auch der sittlichen Anschauung des Volks entsprechen, so kann ein Rechtssatz nicht existiren, welcher den Staat in

13) Schmidt S. 157.
14) Schmidt S. 157. 158.

Betreff der Rechtserzeugung beschränkte — die Beschränkung ist überall sittlicher (religiöser) Natur. Um Recht zu schaffen, ist es jedoch nothwendig, daß der Staat die Normen in der verfassungsmäßigen Weise aufstellt. Je nach der verschiedenen Beschaffenheit der aufzustellenden Normen, sowol hinsichtlich ihres Inhalts, als des Umfangs ihrer Geltung, als des Wesens der durch sie aufzuhebenden Normen kann aber eine verschiedene Art der Aufstellung dieser Normen — der Gesetzgebung vorgeschrieben sein. Es kann der Ausspruch Eines staatlichen Organs genügen, oder es bedarf der Zuziehung mehrerer. Wo diese Organe aus verschiedenen Personen bestehen und ein Gesammtwille durch Abstimmung zu erklären ist, kann ein verschiedenes Stimmverhältniß [15]), es kann eine verschiedene Weise der Vorberathung und eine Wiederholung derselben festgestellt sein. In allen diesen Bestimmungen kann man mit Recht eine Garantie für den möglichsten Ausschluß der Willkür in der Gesetzgebung finden. Alle diejenigen aber, welche bei der Gesetzgebung concurriren, sind Staatsorgane, resp. Inhaber der Staatsgewalt, soweit diese sich auf Gesetzgebung bezieht. Eine Beschränkung der Staatsgewalt durch Dritte ist undenkbar. Wenn man von einer solchen Beschränkung spricht, so geht man von einer willkürlichen Begränzung des Begriffs der Staatsgewalt aus, indem man darunter diejenigen Organe des Staats versteht, welchen abgesehen von der Gesetzgebung (oder etwa Steuerbewilligung) der Ausspruch des Staatswillens zusteht. Die administrative Staatsgewalt (d. i. das betreffende Staatsorgan) ist nicht in der Gesetzgebung

15) Z. B. zwei Drittheile Majorität bei Veränderung der in der Verfassungsurkunde enthaltenen Bestimmungen. Auch die s. g. itio in partes ist nichts als ein Abstimmungsmodus.

beschränkt, sondern sie ist nach denjenigen Verfassungen, in welchen eine solche s. g. „Beschränkung" festgestellt ist, eben nur ein Factor der legislativen Staatsgewalt.

§. 6.

(Schmidt §. 5.)

Die Stellung der Fremden zum Recht.

Die rechtliche Stellung der Fremden bei den Römern wird von dem Verf. dem Schutz des Sittengesetzes, welchen sie bei den Germanen, gerade so wie die Gemeindeglieder genössen, gegenübergestellt. Der Verf. begnügt sich mit der Deduction dieser Sätze aus den aufgestellten Grundprincipien, ohne sie durch positive Bestimmungen zu belegen und gibt daher kein Material zur Kritik. Die einzige Belegstelle, welche er aus der beliebten Quelle, der Glosse zum Sachsenspiegel [1]) anführt, hat das Unglück, ein späteres Einschiebsel wahrscheinlich von Zobel zu sein, in den ältern Ausgaben (z. B. Augsburg 1496) findet sie sich nicht.

Es dürfte freilich wol auch schwer geworden sein, den allgemein aufgestellten Grundsatz im Einzelnen auszuführen, denn eine Vergleichung der römischen und germanischen Grundsätze läßt zu sehr die fast völlige Uebereinstimmung beider hervortreten, eine Uebereinstimmung, die sich übrigens wol auch in den Rechten der meisten Völker finden dürfte.

Das System der persönlichen Rechte negativ betrachtet, wonach also der Fremde nie nach dem einheimischen Recht lebt, ist völlig identisch mit dem Nichtverstatten des commercium. Auch von dem mangelnden connubium finden sich im germanischen Recht, wiewohl selten, Spuren; doch

1) „Das natürliche Recht ist jedermann gemein und man mag es niemand weigern." Gl. zur Vorrede des Sachsensp. bei Zobel.

sind die vielfachen strengen Verbote der Mißheurathen im alten Rechte vielleicht als Analogie hierher zu ziehen. Positiv betrachtet läßt das System der persönlichen Rechte ebenfalls eine völlig gleiche Auffassung der Römer und Germanen erkennen. Nur derjenige Fremde, welcher einem staatlich anerkannten Volksstamme angehört, lebt nach seinem Recht, d. h. hat überhaupt ein Recht, namentlich ein Wergeld. Auch das hospitium beruht bei Griechen und Römern auf derselben Grundlage. — Es dürfte interessant sein, zu erfahren, wie der Verf. das jus albinagii und vollends das Wildfangsrecht erklären und in Uebereinstimmung mit seinen Sätzen bringen würde.

Eine principielle Verschiedenheit der beiden Rechte in diesem Punct liegt mithin nicht vor. Unser modernes Recht hat mit der uns heut zu Tage beschränkt und egoistisch erscheinenden Ausschließung der Fremden gebrochen und die Aufnahme des römischen Rechts hat uns daran nicht gehindert, ja die behauptete universelle Geltung dieses Rechts mußte nothwendig in diesem Bestreben unterstützen. Auch von dieser Seite kann also die Reception des römischen Rechts kein Tadel treffen.

§. 7.

(Schmidt §. 6.)

Das oberste Princip für die Gestaltung des Rechts.

Wenn hier der urgirte Gegensatz auch in dem obersten Princip für die Gestaltung des Rechts gefunden und behauptet wird, den Römern sei dieß Princip: das persönliche Interesse des Einzelnen, den Germanen: der aus der natürlichen und geschichtlichen Ordnung unseres Lebens sich ergebende höhere sittliche Zweck der einzelnen Lebensverhältnisse, so stellt sich die

Begründung dieses Gegensatzes lediglich als Schlußfolgerung aus den aufgestellten Hauptprincipien dar, ohne daß für diese Consequenz ein besonderer Beleg beigebracht würde, welchen man rückschließend als Beweis der Hauptprincipien selbst ansehen konnte. Daß übrigens die Römer bei Ausbildung ihres Rechts diesen „höheren sittlichen Zweck" ebenfalls und in vielen Beziehungen schärfer als die Germanen vor Augen gehabt haben, wird sich in dem Folgenden ergeben. Ich verweise hier nur auf die aus dem sittlichen Zweck der Institute hervorgehende Beschränkung der Fähigkeit der Vernichtung persönlicher und sachlicher Freiheit.

§. 8[1]).

Aeußere Verschiedenheiten in Bezug auf Entstehung und Geltung des Rechts.

Nach der römischen Ansicht über Entstehung und Wesen des Rechts, schafft der Wille des Volks, d. h. die Gesammtheit der im Staate verbundenen Personen oder die von dieser Gesammtheit mit der erforderlichen Machtvollkommenheit ausgerüsteten Magistrate das Recht — außer ihm kann Niemand Recht schaffen. Daneben folgt aus dem obersten Princip für die Gestaltung des Rechts, daß das Recht für alle Personen gleich sein muß, die Verschiedenheit der sittlichen Lebensaufgaben und sittlichen Vorstellungen der Menschen in den verschiedenen Lebenssphären berührt das Recht überall nicht — für verschiedene Lebenssphären und verschiedene Gegenden sind keine verschiedenen Rechtsnormen aufgestellt. Politische Rücksichten können eine Abweichung von diesem Princip fordern, und überhaupt historische Gründe ein anderes Resultat herbeifüh-

1) Die Paragraphenzahlen stimmen von hier an wieder mit denen Schmidt's überein.

ren, und so finden wir auch bei den Römern im Anfang ihres geschichtlichen Lebens verschiedene Stände mit verschiedenem Recht. Diese Rechtsungleichheit aber bleibt immer ein Verstoß gegen das obige Princip, und daher verschwindet dieselbe auch bei der weiteren Entwickelung des römischen Lebens mehr und mehr und macht allmälig einer abstracten Rechtsgleichheit sowol im öffentlichen als im Privatrecht Platz.

Der germanische Staat dagegen davon ausgehend, daß die Erfüllung des Sittengesetzes im Staat die freie That der Einzelnen bleiben müsse, muß, soweit dieß ohne Gefährdung der Grundlagen seiner Existenz und seines höhern Zwecks geschehen kann, dem individuellen sittlichen Ermessen der Einzelnen und ihren sittlichen Bedürfnissen Raum geben. Der Staat muß folglich einerseits, sobald das Volk sich in Berufsstände gliedert und die Verschiedenheit der Lebensbedürfnisse eine Verschiedenheit der Lebensaufgaben und sittlichen Vorstellungen zur Folge hat, bei der Gestaltung des Rechts dieser Verschiedenheit Rechnung tragen und andererseits, weil die sittliche Freiheit der Individuen ihnen auch innerhalb des Staates das Recht gibt, sich für die Realisirung ihrer besonderen sittlichen Lebenszwecke mit einander zu verbinden, jedem selbstständigen Lebenskreise die, allerdings der Oberaufsicht des Staats unterliegende und durch sie beschränkte Befugniß gewähren, das seinen besonderen Verhältnissen und Bedürfnissen entsprechende Recht im Wege der Autonomie selbst zu gestalten.

Die Geschichte des römischen und die des germanischen Rechts bilden einen directen Gegensatz. Bei den Römern finden wir zu Anfang ihres geschichtlichen Lebens zwei scharf geschiedene Stände; das fortwährende Streben der Römer aber geht dahin, alle innern Kämpfe hatten diesen und eigentlich nur diesen Zweck, diese Standesunterschiede zu beseitigen

und das Princip der abstracten Rechtsgleichheit durchzuführen. Bei den Germanen finden wir zu Anfang ihres geschichtlichen Lebens keine oder doch nur schwach gezeichnete Standesunterschiede; das ganze Streben des Mittelalters aber geht, als das Volk sich in Berufsstände gliedert, dahin, die dadurch begründeten Verschiedenheiten der Lebensverhältnisse möglichst scharf auszuprägen, und dadurch den einzelnen Berufsständen und Lebenskreisen die volle Entwickelung ihres individuellen Lebens möglich zu machen.

So der Verf., den ich überall selbst habe sprechen lassen.

An keiner Stelle des Buchs zeigt sich deutlicher als hier, wie irrig es ist, gewordene Zustände ohne Berücksichtigung des Werdens, d. h. der historischen Entwickelung aprioristisch zu construiren. Irrig sind die Behauptungen des Verfassers im Einzelnen, zu irrigen Resultaten mußte aber namentlich das Nichtberücksichtigen der Entwickelungsweise der beiden Völker und die Vergleichung verschiedener Entwickelungsstufen führen.

Das römische Recht entsteht (wenigstens als römisches; die Frage, woher es nach Rom gekommen, ist für unsere Betrachtung gleichgültig) und entwickelt sich in Rom, d. h. in einer Stadt, und welches auch seine Ausdehnung später wurde, immer ist in der Stadt die Rechtsquelle zu suchen. Die factischen Eigenthümlichkeiten der Stadt, sowol im Innern, als nach Außen bringen es überall mit sich, daß in ihr sich die Staatsidee am frühesten und mit besonderer Schärfe entwickeln muß. Wenn auch ursprünglich eine Gleichheit der Lebensverhältnisse der Stadtbewohner nicht vorhanden ist, so wird diese doch allmälig durch die gleichen Bedürfnisse und Lebensanschauungen erreicht, und je mehr die Stadtbewohner

auf sich beschränkt sind, je mehr die Bande, welche einzelne Classen derselben mit außerhalb der Stadt stehenden Kreisen zusammenhielten, sich lockern, je mehr die Erinnerung an die vor-stadtlichen Stellungen der Einzelnen (das einem besondern Stamm, einer besondern Freiheitsclasse Angehören) verschwindet, um so mehr wird diese Gleichheit eintreten. Ein wichtiges Moment hierbei ist die Nothwendigkeit des gegenseitigen Schutzes nach Außen. Die Schutzpflicht ist gleichsam durch die Natur gegeben, sie braucht nicht durch besondere mehr willkürliche Acte begründet zu werden, und sie findet deßwegen von selbst ihren Ausdruck im Recht. Das Recht wird aber auch allmälig die Gleichheit der Lebensverhältnisse anerkennen müssen, der früher vorhandene Grund der verschiedenen Rechtsbildungen schwindet, und es entwickelt sich an ihrer Stelle eine neue gleichmäßige Rechtsbildung. Die Möglichkeit zu dieser gleichmäßigen Entwickelung ist aber auch wieder in der Kleinheit des Raums, in welchem die Rechtübenden sich bewegen, in dem Verkehr Aller mit Allen, in der Einheit der Rechtsprechung und Gesetzgebung zu suchen. — So findet sich das Städtekönigthum schon früh unhaltbar, so verschwindet aber auch die bevorzugte Stellung der Aristocratie und es bildet sich die rechtliche Gleichheit der Städtebürger mit größerer oder geringerer Reinheit aus. Erstreckt die Stadt ihre Gewalt über ihr Weichbild hinaus, so steht den Bewohnern des unterworfenen Landes die Gesammtheit der Städtebürger als Herrscher gegenüber. Umstände können diese bestimmen, einzelne oder alle Beherrschten mit demselben Recht auszustatten, nach welchem sie selbst leben. Es geschieht dieß aber nicht etwa in der Weise, daß an die Stelle des Begriffs der herrschenden Stadt der Begriff des über das gesammte Territorium verbreiteten Staats tritt, sondern die Stadt bleibt Herrscherin, macht aber die Bewohner des beherrschten Territoriums zu

ihren Bürgern, und als solche leben diese nach dem Rechte der Stadt. Der Begriff des Reichsbürgerrechts ist nur durch die Vermittelung des Stadtbürgerrechts, nur in diesem vorhanden. Dieß ist die Entwickelung in Rom, und genau dasselbe ist die Entwickelung in den germanischen — Städten[2]). Nur diese und nur ihre Rechtsbildung aber sind mit Rom und der römischen Rechtsbildung zu vergleichen. Die Entwickelung des germanischen Rechts außerhalb der Städte mußte einen andern Gang nehmen, weil der gesammte Entwickelungsgang ein anderer war.

Nach der Darstellung des Verfassers muß man annehmen, der germanische Staat habe von einem klar erkannten Princip ausgehend von Anfang an den einzelnen in ihm vorhandenen Kreisen die Befugniß, ihr Recht sich selbst zu bilden, zugestanden. Es würde daraus folgen, daß, wenn er eine andere Rechtsbildung für die richtige erkannt hätte, er auch anders hätte wollen, die Rechtsbildung in seine Hand hätte nehmen können. Dieß ist aber völlig irrig. Die Particularität der Rechtsbildung ging aus den Umständen hervor, der Staat, d. h. die größere staatliche Verbindung, war im Allgemeinen nicht fähig, dieselbe nicht zu wollen, sie konnte deßwegen auch nicht ihren Ursprung in dem auf einem Princip beruhenden Willen des Staats haben. Wo der Staat im einzelnen Fall fähig war, sie nicht zu wollen und soweit er dazu fähig war, trat er ihr regelmäßig entgegen — er mußte ihr entgegentreten, denn das Streben nach Gemeinsamkeit

2) Daß Rom ursprünglich auf den Ackerbau basirt, die Stadtmauern und das Castell nur ein receptaculum bildeten, begründet keine Verschiedenheit; das Letztere ist auch bei einzelnen deutschen Städten nachweisbar und noch im zwölften und dreizehnten Jahrhundert blieb der Grundbesitz Bedingung politischer Rechte (s. Arnold, Verfassungsgeschichte der deutschen Freistädte. Bd. II. S. 142).

der Rechtsbildung im Staate ist ein nothwendiges [3]). Die Particularität der Rechtsbildung ist aber auch vielfach nicht aus innern Gründen hervorgegangen, sondern eine lediglich zufällige.

Die ältesten deutschen Rechtsquellen zeigen das Recht in seiner Einheit innerhalb des Stammes. Nur in zwei Volksrechten ist particuläre Rechtsbildung ausnahmsweise anerkannt. Die Volksrechte sind aber auch vom Staat, resp. unter seiner Autorität vorgenommene Redactionen des geltenden Rechts. Eben so gut wie bei den Friesen und Sachsen, fanden sich sicherlich bei den Baiern, den Alemannen, den Franken Particularitäten im Recht, der fränkische Staat war aber mächtig genug, sie unberücksichtigt zu lassen, er erkannte innerhalb des staatlich anerkannten Stammes nur Ein Recht an und durch Gesetze wurde diese Rechtseinheit erhalten [4]). In der Zeit, als die fränkische Staatsgewalt am Mächtigsten dastand, wurde selbst eine gleichmäßige Rechtsbildung innerhalb des Gesammtstaats erstrebt. Nur kurze Zeit währte diese Kraft der Staatsgewalt, nur von kurzer Dauer war deßhalb die Möglichkeit der staatlichen Einwirkung auf das Recht, und deßhalb waren auch die gewonnenen Resultate nicht nachhaltig.

Auf andere Weise, als durch den Staat war aber eine Einheit der Rechtsbildung nicht möglich. Das Volk war über ein zu großes Territorium verbreitet, als daß eine nahe und häufige Berührung und dadurch eine Gleichmäßigkeit der Rechtsbildung möglich gewesen wäre. Eine Summe von rechtlichen Grundbegriffen, ja selbst einzelnen speciellen Rechts-

3) Beschränkungen s. u.

4) Warum man die particuläre Rechtsbildung bei den oben erwähnten Stämmen in einigen wenigen Fällen fortbestehen ließ, und sie ausdrücklich anerkannte, ist unbekannt. Der Grund ist jedenfalls politischer Natur gewesen.

sätzen war dem gesammten deutschen Volk, eine größere den Gliedern der einzelnen Stämme gemeinsam — fortgebildet aber konnten diese nur werden innerhalb der kleinen Kreise, in welchen die Einzelnen in naher fortdauernder Berührung mit einander waren, in welchen sie über einander Recht sprachen. Da nun aber diesen Rechtsbildungen der gemeinsame Mittelpunct fehlte, so mußten sie nothwendiger Weise aus einander gehen. Allerdings mag in dem einen oder dem andern Fall eine Abweichung der Lebensverhältnisse in einem Rechtskreis von der im andern und damit zusammenhängend eine verschiedene sittliche Anschauung der Grund der abweichenden Rechtsbildung gewesen sein, in den meisten Fällen wird die Abweichung aber als zufällige erkannt werden müssen[5]). Auf diese Besonderheit der Ausbildung wurde aber auch gar nicht ein großes Gewicht gelegt, der einzelne Rechtskreis betrachtete sie nicht als eine ihm besonders eingeräumte Befugniß, ja man fühlte vielfach, wie beschwerlich und wie resultatlos das Streben des kleinen Rechtskreises war, das Recht auszubilden. Ein Streben nach einer universelleren Rechtsausbildung ist erkennbar. Dieß geht deutlich daraus hervor, daß man sich um Rechtsbelehrung an Auswärtige wendet, daß ein Satz, der als auswärts selbst außerhalb Deutschlands entstanden erkannt ist, unbedenklich angewandt wird, daß ein Rechtskreis das Recht eines andern von ihm vielleicht örtlich weit entfernten annimmt. Dieß zeigt sich in der großen Schnelligkeit, mit welcher die Rechtsbücher sich über fast ganz Deutschland verbreiteten. Dieß endlich erklärt allein

5) Wie deutlich tritt diese Zufälligkeit z. B. in der spätern Zeit in der verschiedenen Ausbildung des ehelichen Güterrechts in benachbarten Städten hervor, während die Aufnahme des Rechts einer andern Stadt eine Rechtsgleichheit unter entfernten hervorbrachte.

die so abnorm scheinende Thatsache der Reception des römischen Rechts.

Wo eine Opposition einzelner Rechtskreise gegen den Staat eintritt, oder wo der Rechtskreis sich durch die Erwirkung besonderer Erklärungen von Seiten des Staats vor Einwirkungen desselben sicher zu stellen sucht, ist es nicht die Furcht vor Aufgang des particularen Rechts in einem gemeinen, sondern das Streben nach Wahrung einzelner Privilegien und um diese vor jeder Berührung sicher zu stellen, namentlich aber um eine Untersuchung darüber zu vermeiden, ob diese Privilegien auf dem behaupteten Rechtsgrund beruhen, wird die Garantie für den gesammten Rechtsbestand eben als bestehenden gefordert. Da, wo der Rechtskreis eine staatliche Organisation angenommen hat, ist daneben der Grund der Erwirkung der Bestätigung ein formeller, die engere staatliche Verbindung sucht diesen ihren staatlichen Character dadurch möglichst evident hervortreten zu lassen, resp. zu wahren, daß sie innerhalb ihrer Gränzen die weitere staatliche Verbindung von jeder Thätigkeit ausschließt. Betrachtet man die Bestätigungsurkunden selbst, so wird man in denselben auch regelmäßig nur die Form der Verleihung eines Privilegs finden, d. h. die Gründung eines Ausnahmezustands, keineswegs aber gehen dieselben von dem Satz aus, daß den einzelnen Rechtskreisen principiell ihre Rechtsbildung überlassen bleiben müsse.

Bisher wurde der Particularismus der Rechtsbildung in den local verschiedenen Kreisen ins Auge gefaßt, der Verf. legt aber hauptsächliches Gewicht auf die Verschiedenheit der Rechtsbildung in den einzelnen Berufsständen. Auf diesen letzteren Begriff und auf die für besonders qualificirte Personen besonders aufgestellten Rechtssätze wird in §. 11 genauer eingegangen werden, hier fragt es sich um die Rechtsbildung

innerhalb der einzelnen Stände und gemäß der sittlichen Aufgabe der Einzelnen. Nach den oben angeführten Darstellungen des Verfs. müßte man annehmen, in Deutschland hätten die einzelnen Genossen der Berufsstände durch die ihnen verliehene Autonomie ihre Standesrechte gemeinsam ausgebildet, während in Rom eine derartige Gleichmäßigkeit des Rechts stattgefunden habe, daß durch die Macht des Einzelnen eine Abweichung nicht möglich gewesen sei [6]).

Bleiben wir nun gleich zuerst bei dem letzten Satz stehen, so ist es evident, daß dem Römer die Befugniß, welche man, wenn auch ungenauer Weise, als Privatautonomie bezeichnet, fast unbeschränkt zustand [7]). Wem aber eine derartige freie Gestaltung der ihn betreffenden Rechtsverhältnisse unter Lebenden und von Todes wegen, Fremden und Angehörigen gegenüber zusteht, der kann nicht über eine Tyrannei klagen, welche ihn hindere, sein Leben seinen individuellen sittlichen Vorstellungen gemäß zu gestalten [8]). Wie der Einzelne, hatten aber auch Corporationen die Freiheit, ihre Rechtsverhältnisse beliebig zu gestalten — schon die XII Tafeln hatten ihnen diese Befugniß gegeben. Dieselben Befugnisse standen nach germanischem Recht ebenfalls dem Einzelnen und den Corporationen zu — eine weitere existirt auch hier nicht, und daß uns mehr und Mannichfaltigeres über die Feststellung von Rechtsver-

6) „Eine Gleichheit des Rechts im römischen Sinn würde nach diesem (dem germanischen) Princip eine Tyrannei gegen alle sein, weil sie Alle gleichmäßig hindern würde, ihre individuellen sittlichen Bedürfnisse zu befriedigen" (S. 101).

7) Es kann mir natürlich nicht in den Sinn kommen, dem Verf. Schuld zu geben, daß er diese Befugniß läugne, aber in der Nichtberücksichtigung derselben an diesem Ort liegt gerade die Einseitigkeit der Darstellung.

8) Ihering a. a. O. Bd. II. S. 100.

hältnissen innerhalb der Corporationen aus Deutschland bekannt ist, als aus Rom, ist ohne alle rechtliche Bedeutung [9]). Was ist nun aber unter den sogenannten Standesrechten zu verstehen? Sicherlich etwas ganz Anderes, als was der Verf. darunter versteht. — Unter den Städtebewohnern bildet sich ein besonderes Recht. Beruht dieses vielleicht auf dem Princip des Verfs.? Es ist kein freier Act der Staatsgewalt, welcher den Städtebewohnern ihre Rechte gegeben, sie zu Bürgern gemacht hat. Die Städte sind ursprünglich locale, durch Exemtion entstandene Rechtskreise, wie andere auch. Die besondern factischen Verhältnisse ermöglichen und fordern eine besondere Ausbildung ihres Rechts — eine Ausbildung, die aber nur in Opposition gegen die staatliche Gewalt erfolgen kann und die nur so lange mächtig ist, als die staatliche Gewalt schwach ist. Ja, ihrer formellen Gestalt nach sind es frei gewährte Privilegien, die den Rechtsgrund ihrer späteren einzelnen Freiheiten bilden, in der That aber sind sie ertrotzt, erkauft, erkämpft vom Bischof und vom Kaiser [10]). Daß innerhalb dieser localen Kreise das Recht mit Bezugnahme auf die besondern Anschauungen und Bedürfnisse der Städtebewohner ausgebildet wird, ist naturgemäß, erscheint aber keineswegs als Folge des aufgestellten Princips, sondern für unsere Betrachtung als Zufälligkeit. Dieß ergibt sich, wenn man zwei Momente ins Auge faßt. Wenn man von einem Berufe der Städtebewohner spricht, so wird man zunächst an Pflege der Wissenschaft, des Handels, der Gewerbe denken, und allerdings kann diese Pflege in der spätern Entwickelung der Städte als der Beruf ihrer Bewohner aufgefaßt werden.

---

9) S. u. §. 22. 27.

10) Die freiwilligen Verleihungen von Stadtrechten durch die Landesherrn, bei neuen Städtegründungen sind in der Geschichte der Städte von untergeordneter Bedeutung.

In der frühern Zeit der Entwickelung, zur Zeit der ersten Entstehung und Ausbildung des Stadtrechts, liegen aber die berechtigten Städtebewohner diesen Berufen nicht ob, welche vielmehr vielfach von Hörigen, überall aber von minder Berechtigten ausgeübt werden. Und doch bleibt das Stadtrecht im Wesentlichen dasselbe, als die Veränderung der Berufe eintritt und verändert sich nur, sowie auch andere Localrechte mit der Zeit sich verändern. Ferner aber, wenn ein besonderes dem Bürgerstand und dessen Beruf eigenthümliches, seinen Bedürfnissen und Anschauungen entsprechendes Recht beabsichtigt worden wäre, warum dann jeder einzelnen Stadt allein die Ausbildung überlassen, warum die große Divergenz der Rechte der nächst liegenden und in völlig gleicher Lage sich befindenden Städte? Der Zweck würde weit sicherer und besser, ja er würde eigentlich nur dadurch erreicht, wenn sämmtliche Städtebewohner eines Landes oder eines Kreises oder des Reichs ein Bürgerrecht festgestellt hätten. — Wenn nun aber auch der Beruf der Städtebewohner unter Einen Begriff gefaßt werden kann, so trennen sich dieselben doch wieder, wenn man sie im Einzelnen betrachtet nach ihren Berufen. Der Verfasser führt selbst die verschiedenen Lebensaufgaben der Handwerker, Kaufleute, Gelehrten an, welche besondere Rechte bedingen sollen. Wo aber existirt ein Handwerker-, ein Kaufmanns-[11]), ein Gelehrtenrecht? Das einzelne Stadtrecht mag eine oder die andere Bestimmung enthalten, die sich auf die

11) Das Handelsrecht würde irrthümlich als solches bezeichnet werden. Es umfaßt dieß diejenigen Rechtssätze, welche die beim Handel vorkommenden Rechtsverhältnisse regeln. Derartige Rechtsverhältnisse kommen und kamen aber nicht nur unter Kaufleuten vor. Die einzelnen Sätze, welche die Verhältnisse der Kaufleute allein regeln, bilden nur einen kleinen Theil des Handelsrechts und sind noch dazu meist gesetzlich festgestellt.

eine oder andere Classe von Personen bezieht, aber damit ist noch kein besonderes Recht hervorgebracht, denn sonst müßte auch von einem besondern Nachtwächter- und Leichenbitterrecht gesprochen werden, und einzelne für Personen, welche gewissen Berufen obliegen, aufgestellte Sätze kennt auch das römische Recht. — Die einen gleichen Beruf ausübenden Personen haben aber auch an und für sich nicht die Befugniß, gemeinsam Rechtssätze aufzustellen, sondern es kamen einzelne corporative Vereinigungen gewisser Berufsgenossen vor, welche die Vereinigung betreffende Rechtsverhältnisse gemeinsam festsetzen, sogenannte Statuten machen können. Sind die Genossen dieser Corporationen aber darum weniger dem Stadtrecht unterworfen? Umfassen die Zunftartikel andere Sätze, als die sich auf die Aufnahme in die Zunft, auf die Rechte und Pflichten in Bezug auf das besondere Handwerk beziehen? Sind alle diejenigen Personen in einer Corporation vereinigt, welche gleiche Lebensaufgabe und gleiche sittliche Anschauungen haben? Oder sind diese Aufgaben und Anschauungen vielleicht verschieden bei Schustern und bei Schneidern? Kann in nur einigermaßen ungezwungener Weise von einem besondern Gelehrtenrecht gesprochen werden, weil an einzelnen Orten Universitäten bestehen? Wenn aber diese Berufsrechte auf nichts weiter hinauslaufen, als auf die Befugnisse von Corporationen, Statuten zu gründen — wo ist dann der Unterschied vom römischen Recht? Was hält dann ab, auch den römischen Handwerkern und Flötenbläsern, den Pontifices, den scribae und Andern dieselbe Befugniß zuzusprechen, das Recht ihrer Lebensaufgabe und sittlichen Anschauung gemäß auszubilden?

Sehen wir, wie es sich mit den Bauern verhält und deren Recht. Hat der Staat die Auflegung vogteilicher Lasten gebilligt, veranlaßt oder selbst welche aufgelegt, um

dadurch den Bauern die Realisirung ihrer besondern sittlichen Lebenszwecke möglich zu machen? Hat er die Feststellung der Verhältnisse zwischen dem Herrn und den Hörigen überwacht, hat er bei der Abschließung der Leihverträge zwischen Grundherrn und Colon und bei der Ausbildung der Hofrechte aus diesen Feststellungen heraus sich eines Einflusses bewußt enthalten im Interesse des Bauernstandes? Hätte er es vermocht, wenn er anders gewollt, die Rechtsbildung anders zu leiten? Alle diese Fragen können mit nein beantwortet werden. — Wie ist es denn nun aber mit dem Bauernrecht? Das sogenannte Bauernrecht umfaßt nicht diejenigen Rechtssätze, welche sich in einem Rechtskreis, der aus freien Bauern gebildet wird, oder durch die Competenz der Gerichte des Grundherrn gegeben ist, z. B. über die ehelichen Güterverhältnisse, über die Vormundschaft, über Verträge, ausbilden. Das so ausgebildete Recht ist ein locales Particularrecht, wie alle andern. Unter Bauernrecht versteht man vielmehr gewisse Rechtsinstitute, welche zu ihren Voraussetzungen Verleihungen von Grund und Boden und Leistungen vom Grund und Boden haben. Die einzelnen Sätze dieser Rechtsinstitute sind aber weder von den Bauern selbst, noch in ihrem Interesse aufgestellt. Sie verdanken ihre Entstehung vielmehr der Gleichmäßigkeit der Feststellung von Rechtsverhältnissen zwischen Leibherrn, Grundherrn, Vogt — und Hörigen, Colonen, Pfleghaften, und es bedarf nur einer oberflächlichen Betrachtung, um zu erkennen, wessen Interesse dabei hauptsächlich berücksichtigt wurde. Aus diesen concreten Feststellungen entwickeln sich mit der Zeit, wie dieß überall, wo eine derartige Gleichmäßigkeit herrscht (wie dieß auch in Rom geschehen ist, z. B. in Betreff des Rechts der einzelnen Verträge), in den einzelnen Rechtskreisen Rechtssätze und diese vereinigt die Wissenschaft zu Rechtsinstituten. Diese Institute

sind aber nicht der Art, daß sie dem Bauer eine größere Fähigkeit gewähren, sein Leben seinen sittlichen Anschauungen gemäß zu gestalten, denn sie enthalten fast nur Beschränkungen seiner Handlungsfähigkeit. Nur dann, wenn man es als Lebensaufgabe des Bauers betrachtet, daß er sich in rechtlicher Beschränkung bewege, ist das aufgestellte Princip bewährt.

Ebenso verhält es sich mit dem s. g. Adelsrecht. Scheiden wir die statutarischen Bestimmungen einzelner Corporationen, die vertragsmäßigen Feststellungen zwischen Landesherrn und Ständen aus, so bleiben auch hier nur einzelne Rechtsinstitute übrig, welche sich aus der gleichmäßigen Regelung von Rechtsverhältnissen gebildet haben[12]). Die Fähigkeit aber, Rechtsverhältnisse in der Weise, wie es geschehen, namentlich hinsichtlich der unbeschränkten Zeitdauer zu regeln, stand nach germanischer Auffassung nicht dem Adel allein zu und die entstandenen Rechtsinstitute bewahrten diese alte Fähigkeit, soweit sie sich erstrecken. Das römische Recht kann eine solche Ausdehnung der Befugnisse des Einzelnen deßwegen nicht anerkennen, weil dieselbe eine derartige Beschränkung der Befugnisse Anderer hervorbringt, welche dem Römer als unsittlich erscheint. Aber auch nach dem vom Verf. aufgestellten Princip ist eine solche Befugniß unsittlich. Das Institut der Fideicommisse, der Ausschluß der Frauen und der Nachgeborenen von der Erbfolge mag aus andern Rücksichten zu rechtfertigen sein; daß aber der Fideicommißinhaber dadurch, daß es ihm nicht vergönnt ist, sich die zur Aufbesserung des Gutes erforderlichen Capitalien zu verschaffen, seine Lebensaufgabe besser erfüllen, die auf eine schmale Aus-

---

12) S. Gerber über den Begriff der Autonomie im Archiv für civilistische Praxis. XXXVII. Nr. 2.

steuer beschränkte Tochter, der stiefmütterlich bedachte Nachgeborne ihre Lebenszwecke leichter erreichen können, als wenn sie gleiche Erbtheile mit dem ältesten Bruder erlangt hätten, eine solche Behauptung erschiene doch wol mehr als parador.

Ich fasse das Gesagte so zusammen: Während in Rom das Recht allgemein anwendbare Rechtssätze aufstellt, dem Einzelnen aber eine fast unbegränzte Freiheit zugesteht, seine Rechtsverhältnisse beliebig zu regeln und dadurch ihm die Möglichkeit verleiht, „sein Leben seinen besonderen Lebensverhältnissen und Lebenszwecken gemäß zu gestalten," war die particularistische germanische Rechtsbildung nicht im Stande, das Recht zu dieser Abstraction zu erheben, welche eine allgemeine gleichmäßige Anwendung möglich macht. Dasselbe wurde vielmehr innerhalb der einzelnen Rechtskreise den vorwiegenden speciellen Lebensverhältnissen und sittlichen Vorstellungen gemäß gestaltet, dadurch aber auch dem Einzelnen die Freiheit der beliebigen Feststellung seiner Rechtsverhältnisse gemäß seiner sittlichen Anschauung theilweis entzogen oder beschränkt. Viele particuläre Rechtsbildungen sind aber auch durch besondere Umstände in der Art influirt, daß das sie characterisirende Moment in der Entziehung gewisser Rechte und der Auflegung von Lasten besteht. Wenn dagegen auf der andern Seite manche Rechtsbildungen dem Einzelnen eine Befugniß zur Regelung seiner Rechtsverhältnisse in weiterm Maße gestatten, als dieß im römischen Recht geschieht, so ist damit zugleich eine unverhältnißmäßig größere Beschränkung der entsprechenden Befugnisse Anderer gegeben. Wenn daher auch besondere anderweite Rücksichten die zuletzt erwähnten Beschränkungen und Erweiterungen der Befugnisse der Einzelnen in gewissem Maße rechtfertigen mögen, so steht doch in Bezug auf die Gewährung und den Schutz der sittlichen Freiheit der Individuen das römische Recht dem germanischen weit überlegen da.

Zweites Capitel.

Das Recht im subjectiven Sinne.

§. 9.

Entstehung des Rechts.

Das zweite Kapitel handelt vom Recht im subjectiven Sinn und auch hier wird, um die Verschiedenheit der Auffassung im römischen und germanischen Recht darzuthun, von der Entstehung des Rechts ausgegangen.

Nach dem römischen Princip soll dem außerhalb des Staates geltenden Recht der Stärke gemäß der Entstehungsgrund des Rechts der Wille des Erwerbers sein und seine Macht diesen Willen zu realisiren. Auch innerhalb des Staats bleibe die factische Herrschaft immer die Grundlage des Rechts, der Rechtserwerb müsse auf das Princip der Beute zurückgeführt werden. Da jedoch die Rechte der Mitglieder des Staats unter dem Schutze des Gesammtwillens ständen, so werde im Staat zur Begründung eines Rechts, wodurch ein bestehendes Recht aufgehoben werde, erfordert, daß der zum Widerspruch Berechtigte die Erwerbungshandlung dulde, etwas Weiteres, als dieses Dulden sei aber nicht erforderlich.

Nach der germanischen Anschauung sei der Mensch zwar sittlich berechtigt, die zur Erreichung seiner sittlichen Lebenszwecke dienenden Rechts- und Herrschaftsverhältnisse zu begründen, von Anfang an sei er aber dabei an das Sittengesetz gebunden, es handle sich folglich bei der Begründung eines Herrschaftsverhältnisses nicht sowol um den Willen des Erwerbers und seine physische Kraft, diesen Willen zu realisiren, als vielmehr zunächst und hauptsächlich um seine sittliche Berechtigung dazu; ohne diese

bleibe seine Herrschaft eine factische, werde aber nie und nimmer ein Recht. Der „eigentliche Entstehungsgrund des Rechts sei die sittliche Berechtigung des Inhabers zur Begründung und Ausübung desselben.“ Die sittliche Berechtigung entstehe aber aus der durch das Sittengesetz auferlegten Pflicht, „die in der natürlichen Ordnung des menschlichen Lebens begründeten Verhältnisse und Beziehungen ihrem höheren sittlichen Zweck gemäß zu behandeln.“ Der Mensch sei daher berechtigt, sie so zu behandeln und solche Verhältnisse und Beziehungen zu begründen, welche der Realisirung jener höheren Zwecke dienen. Das Recht müsse aber insofern den Charakter der Ausschließlichkeit tragen, als der Berechtigte Raum für die freie Bethätigung seines sittlichen Bewußtseins zu begehren berechtigt sei. „Wer ein an sich selbst erlaubtes Rechtsverhältniß auf sittlich erlaubte Weise begründet habe, sei auch berechtigt, die sittliche Behandlung desselben als sein ausschließliches Recht zu beanspruchen. Die Bedingung aber sei eben, daß das Recht ein wohlerworbenes ist, ein Begriff, der die ganze germanische Rechtslehre beherrsche, der römischen dagegen völlig fremd sei.“ Hiernach beständen die Rechte der Einzelnen, als auf der sittlichen Ordnung beruhend, schon vor dem Staat, und zwar als unverletzliche. Der Staat regle nur den vom Sittengesetz verliehenen Schutz. Das Sittengesetz und mithin die Quelle desselben, Gott, sei daher die Quelle jedes Rechts. Wohlerworbenes Recht = von Gott und Rechts wegen zuständiges Recht.

Ich glaube die Ansicht des Verfassers so formuliren zu können. Römische Auffassung: ich will, und weil ich die Macht habe, diesen Willen zu realisiren, habe ich ein Recht. Germanische Auffassung: ich will, und weil ich sittlich will, habe ich ein Recht. Auf der einen Seite durch den Willen

realisirtes Können, auf der andern Seite durch den Willen realisirtes Dürfen.

Der Verf. bringt noch eine weitere Deduction, wonach in einem andern Sinn jedes wohlerworbene Recht auf Gott, als seinen Geber, zurückgeführt werden müsse. Der Voraussetzung eines persönlichen Gottes und einer göttlichen Weltregierung und der Thatsache, daß der Mensch vieles zu erreichen strebe, das Gelingen aber von Umständen, die er nicht beliebig gestalten könne, abhänge, entspreche es, alles auf sittlich erlaubte Weise Erworbene, mithin auch jedes wohlerworbene Recht, als durch die Gnade Gottes empfangen zu betrachten. Jedes wohlerworbene Recht stelle sich danach als Lehen Gottes dar, welches als solches Niemand dem Beliehenen nehmen könne, „ohne sich gegen Gott zu versündigen, welches der Inhaber aber auch nach Gottes Willen zu gebrauchen und womit er Gott zu dienen schuldig sei," so daß der Gegensatz sich so stelle: Princip der Beute — Princip des Lehens im höheren Sinne.

Der Verf. begeht hier, wie so oft, den Fehler, nicht nur nicht die entsprechenden Rechtsbildungsstufen zu vergleichen, sondern auch einer rein äußerlichen Thatsache eine philosophische Construction gegenüber zu stellen. Das, was als germanische Auffassung gegeben wird, ist nichts, als der Versuch einer sittlichen Rechtfertigung einer rechtlich anerkannten ausschließlichen Herrschaft eines Individuums — eines Rechts.

Wenden wir uns nun aber zunächst zu der Betrachtung des sogenannten Princips der Beute, so ist zuerst die Thatsache hervorzuheben, daß bei jedem Volk ursprünglich das Recht an die factische Herrschaft angeknüpft wird. In evidenter Weise tritt dies bei den Rechten an Sachen hervor. Je mehr die Rechtsidee erstarkt, desto mehr löst sich das Recht von der factischen Herrschaft ab, und zwar so, daß einerseits diese nur unter

gewissen Voraussetzungen als rechtliche erscheint, andererseits aber die rechtliche Herrschaft weit über die Gränzen der factischen hinausreicht. Am längsten erhält sich die Berücksichtigung der letzteren in Betreff der Entstehung des Rechts. Die factische Herrschaft wird dann immer mehr und mehr zurücktreten müssen, wenn einzelne Gründe derselben mit zur Anerkennung kommenden Rechtsprincipien in Widerspruch gerathen. Wo dieß nicht der Fall ist, behält sie auch in ausgebildeten Rechten noch ihre rechtliche resp. Recht hervorbringende Kraft, z. B. bei der Occupation, Beute. Wo aber durch Widerspruch anerkannter Rechtsprincipien die factische Herrschaft ihre Bedeutung verliert (ob sie zur widerrechtlichen oder nur zur rechtlich indifferenten wird, ist dabei gleichgültig), bleibt hin und wieder eine äußerliche Anerkennung derselben in der Art zurück, daß zur Entstehung eines Rechts die Vornahme gewisser Scheinhandlungen erforderlich ist, welche ihrer wahren Bedeutung nach als eine factische Herrschaft begründend oder als Ausflüsse einer solchen sich darstellen — symbolische Handlungen. — Gerade die nur scheinbare Vornahme dieser Handlungen, die nicht consequente Durchführung und die Verbindung derselben mit andern Handlungen (Worten) lassen es häufig klar hervortreten, daß der factischen Herrschaft, auf welche sie sich beziehen, eine rechtliche Bedeutung an sich nicht zukömmt.

Dieses Anknüpfen des Rechts an die factische Herrschaft findet sich aber nicht nur im römischen Recht, sondern noch viel evidenter im germanischen Recht, und zwar aus dem Grunde, weil hier die Rechtsidee nie mit derselben Präcision aufgetreten ist, wie dieß schon in der uns bekannten frühesten römischen Rechtsbildung der Fall war. Will man daher aus diesen Thatsachen Schlüsse ziehen, so müssen diese auch für

das germanische Recht gelten und es würde jedenfalls irrig sein, sie nur für das römische Recht anerkennen zu wollen. Eine derartige Schlußziehung ist aber an und für sich ganz zu verwerfen. Die vom Verf. aufgestellte widerlegt sich von selbst. Der Verf. geht von dem „außerhalb des Staats geltenden Recht der Stärke" aus; nach diesem ist Recht = durch eigne Macht realisirter Wille, jeder ist befugt, seine Willensherrschaft so weit auszudehnen, als seine physische Kraft reicht. „Durch Gründung des Staats erhalten die (dergestalt entstandenen) Herrschaftsverhältnisse der einzelnen Mitglieder des Staats insofern den Charakter der Unverletzlichkeit, als sie jetzt durch den Willen der Gesammtheit geschützt werden." Bis dahin läßt sich die Argumentation des Verfs., soweit sie hier interessant ist, billigen. Sowie aber ein Schutz der Herrschaftsverhältnisse der Einzelnen durch den Willen der Gesammtheit, mithin die Anerkennung von Rechten vorhanden ist, so erscheint jede eigenmächtige Ausdehnung des Willens, insofern sie sich auf Sachen bezieht, welche der anerkannten Herrschaft Anderer unterworfen sind, als rechtswidrig und nur in Betreff herrenloser oder Feinden angehöriger Sachen ist sie rechtmäßig, d. h. rechtswirkend. Durch die Anerkennung des Fortbestehens seines Herrschaftsverhältnisses auch über die Dauer der physischen Macht hinaus ist also das physische Können des einzelnen Subjects erweitert, durch die entsprechende Anerkennung der Herrschaft der Andern aber beschränkt. Das physische Können (das Können) und das rechtlich anerkannte Können (das Dürfen) haben daher einen wesentlich verschiedenen Inhalt und treffen nur auf dem Gebiet des originären Erwerbs zusammen. Es kann mithin als nichts weniger, denn leicht „begreiflich" erscheinen, wenn der Verf. weiter fortführt: „Entstehungsgrund und Wesen des Rechts erleiden aber dadurch begreiflicher Weise keine Verän-

derung. Die factische Herrschaft bleibt immer die Grundlage des Rechtes; der Entstehungsgrund des Rechts liegt nach wie vor in dem Willen des Erwerbers und seiner Macht diesen Willen zu realisiren, und jeder Rechtserwerb muß nach wie vor auf das Princip der Beute, das manu capere, zurückgeführt werden." Man dürfte begierig sein, wie der Verf. diesen Satz durchführt. Es geschieht dieß in folgender Weise: „Der Unterschied zwischen jetzt und früher besteht lediglich darin, daß, weil die einmal auf solche Weise entstandenen Rechte der Mitglieder des Staats unter dem Schutz des Gesammtwillens stehen, einer dem andern wider dessen Willen nichts wegnehmen darf, die Begründung eines Rechts, wodurch ein bestehendes Recht aufgehoben wird, also voraussetzt, daß der zum Widerspruch Berechtigte die Erwerbshandlung duldet[1])."

Um diesen Satz verstehen zu können, ist es nöthig, auf den ersten der Belege einzugehen, welche der Verf. für seine Ausführungen gibt. Er behauptet nämlich in den Rechtsformen, welche das ältere römische und germanische Recht für den Erwerb und die Vertheidigung von Rechten geben, spreche sich der Gegensatz klar aus, und zwar soll dieß namentlich bei den alten Traditionsformeln der Fall sein. Die Mancipationsformel sei dem römischen Princip gemäß so construirt, daß der Wille des Erwerbers und die factische Realisirung dieses seines Willens durch sie constatirt werde. Die Sache werde nicht vom Tradenten gegeben, sondern der Empfänger nehme dieselbe, ohne die Willenserklärung des Andern abzuwarten, der Tradent verhalte sich passiv. Bei dieser Darstellung ist aber nur der erste Theil der Formel berücksichtigt und der Beisatz ex jure Quiritium wird durch die petitio prin-

1) Schmidt, S. 103.

cipii unschädlich gemacht, das jus Quiritium sei eben das Recht, das die thatsächliche Realisirung des Willens als Recht anerkenne [2]). Der zweite Theil der Formel: isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra, das Geben und Annehmen des rauduseulum pretii loco wird mit Stillschweigen übergangen, also gerade dasjenige Moment ignorirt, durch welches der Act zum Rechtsact wird. Der Verf. läßt an einem andern Orte [3]) nach germanischer Anschauung die sittliche Berechtigung des Empfängers einer Sache aus der Leistung seinerseits hervorgehen. Findet sich diese Anschauung nun nicht evident in der Mancipationsformel? Nicht die öffentliche Willenserklärung des Erwerbers, nicht das zufällige Stillschweigen des bisherigen Inhabers bewirkt den Eigenthumsübergang, sondern die positiven Handlungen des Letzteren: das absichtliche Erscheinen bei dem feierlichen Act, das Mitbringen der Sache, wenn sie beweglich war, und vor Allem die Empfangnahme des Symbols des Kaufpreises. Sollte der Verf. diese Formalitäten vielleicht für reine superflua erklären, so dürfte es interessant sein, die Stichhaltigkeit seiner Auffassung an der Mancipation von Immobilien zu prüfen. Gajus [4]) erklärt ausdrücklich, daß die Gegenwart der zu übertragenden Sachen nur in Betreff der Mobilien ein Erforderniß der Mancipation sei; res mancipi immobiles brauchten nicht gegenwärtig zu sein, der Wille des Erwerbers konnte also nicht alsbald factisch realisirt werden, und doch braucht der mancipio accipiens auch hier die Worte: ex jure Quiritium und wurde Eigenthümer, der die factische Besitzeinräumung in Folge seines Rechts fordern konnte. — Ein großes Gewicht legt der Verf. auf die Bezeichnung des Acts als man-

2) Schmidt, S. 110 Note 3.
3) Schmidt, S. 221 Note 3.
4) I. §. 121.

cipatio, welche lediglich den Ergreifungsact des Erwerbers ausdrücke. Ich beschränke mich, einfach auf die Bezeichnung der gerichtlichen Uebertragungsart als in jure cessio aufmerksam zu machen, welche mit der germanischen resignatio, Auflassung völlig gleichbedeutend ist. Will man aus der Benennung des einen Acts Schlüsse ziehen, so muß man auch dieselbe Argumentation bei der des andern gelten lassen. Das cedere wäre es hiernach, nicht das vindicare, woraus der Eigenthumserwerb hervorgeht. — Was nun aber die wirkliche Bedeutung der in jure cessio betrifft, so wird durch sie die Sache nicht „erstritten"[5]). Der Streit vor Gericht bei dem Vindicationsverfahren entsteht erst durch die beiderseitige Vindication. Bei der in jure cessio kömmt es gar nicht zum Streit, der bisherige Inhaber erscheint nicht vor dem Prätor, um sein Recht zu schützen, sondern um durch ausdrückliche Erklärung (quo negante) oder durch Stillschweigen (auf ergangene Anfrage unter Umständen, unter welchen er, wenn er ein Recht zu haben glaubte, dieß ohne seinen Nachtheil nicht unbehauptet lassen konnte) das von dem Andern behauptete Recht anzuerkennen. Der Prätor hatte also auch gar nicht, wie bei dem eigentlichen Vindicationsverfahren, den Rechtsgrund der Behauptung des einen oder andern Theils untersuchen zu lassen, er addicirte einfach, d. h. er sprach der Erklärung der Parteien gemäß die Garantie des Volks aus.

Faßt man die Traditionsformeln in ihrer Ganzheit auf, so zeigt sich in ihnen von einer Anerkennung der thatsächlichen Herrschaft keine Spur, ja wollte man die Verhältnisse in moderner Weise betrachten, so könnte man in dem Umstand, daß das Recht den Eigenthumsübergang entweder aller oder doch

5) Schmidt, S. 110 Note 5.

sicherlich gewisser werthvoller Sachen mit Ausschließung der einfachen traditio lediglich durch diese solennen Formeln geschehen läßt, sogar ein Streben des Rechts finden, gegen die Eigenmacht Garantien zu schaffen — bei der mancipatio durch die Evidenz des synallagma, bei der in jure cessio durch die freie gerichtliche Erklärung. Wenn daher der Verf. gerade als das Gegensätzliche der deutschen und römischen Erwerbsformen hervorhebt, daß bei jenen die sittliche Berechtigung des Erwerbers außer Zweifel gesetzt werde, indem der bisherige Besitzer erkläre, sein Recht auf den Empfänger übertragen zu wollen, diesem die Sache gebe und der Letztere auf Grund jener Erklärung sich in den Besitz setze, so kann nur eine rein äußerliche und willkürliche Auffassung diesen Gegensatz vorfinden [6]).

Derselbe Gegensatz soll auch in den Vertragsformen wiederkehren — ich verweise hier auf das betreffende Kapitel §. 29 — schärfer und bestimmter aber in den Formen des gerichtlichen Verfahrens sich aussprechen. Der Verf. argumentirt bei der Darstellung des germanischen Zweikampfs so: Die Realisirung der von Gott gesetzten sittlichen Ordnung stellt sich dem menschlichen Bewußtsein als eine innere sittliche Nothwendigkeit dar. Der Mensch ist daher verpflichtet, nach seinen Kräften, wenn er waffenfähig ist, nöthigenfalls mit dem Schwert zu jener Realisirung beizutragen, leitet aber auch aus dem Glauben an die Gerechtigkeit Gottes die Annahme her, daß Gott eine frevelhafte Verletzung seiner Ordnung nicht dulden und daher demjenigen, dessen Ansprüche gerecht seien, den Sieg verleihen werde. In der allgemeinen Anerkennung des Fehderechts liegt also, weil es zur Realisirung der höhe-

6) Ueber das Vortreten der factischen Herrschaft im germanischen Mobiliarrecht s. u.

ren sittlichen Ordnung dient, der Anfang einer allgemeinen Rechtsordnung und das Fehderecht steht mit der staatlichen Ordnung in keinem absoluten Widerspruch, wie vis und jus bei den Römern. Der Zweikampf kann nicht bloß in das gerichtliche Verfahren übergehen, sondern es muß dieß auch wegen der Unentbehrlichkeit dieses Mittels zur Erforschung der Wahrheit so lange geschehen, als sein Ausgang wirklich als Gottesurtheil angesehen wird, der Staat hat den Zweikampf nur zu regeln. Das Vorhandensein des Zweikampfs und der übrigen Gottesurtheile als Surrogate derselben in der vorchristlichen Zeit zeigt aber auch, daß die Voraussetzung derselben, daß nämlich die höhere Rechtsordnung, aus der die Einzelrechte entspringen, von Gott stamme und unter Gottes unmittelbarem Schutz stehe, schon vor der Christianisirung der Germanen die Grundlage ihres Rechtssystems gebildet hat. Ebenso zeigt die zähe Festhaltung des Fehderechts und der Gottesurtheile, wie fest die Voraussetzungen derselben in der germanischen Auffassungsweise wurzeln und wie fest sie mit dem ganzen übrigen Rechtsleben verwachsen gewesen sein müssen.

Ich kann nicht umhin, meine Ansichten über den gerichtlichen Zweikampf etwas ausführlicher auseinander zu setzen, da meiner Meinung nach aus dem Vergleich desselben mit den entsprechenden römischen processualischen Handlungen mit viel größerem Recht das Gegentheil des vom Verf. aufgestellten Satzes hervorgehen dürfte.

Fehde, gerichtlicher Zweikampf und modernes Duell sind alle drei Aeußerungen derselben Idee — der Selbsthülfe. Das Streben der persönlichen Abwehr jedes Angriffs liegt in jedes Menschen Brust und wenn dasselbe auch in rohen Culturzuständen stärker hervortritt, so finden wir doch selbst in den gebildetsten Perioden vielfach den sittlichen Werth des Menschen nach dem größeren oder geringeren Grad des Hervor-

tretens dieses Strebens beurtheilt. Der staatliche Rechtszustand (Staat), wie er in unserm modernen Bewußtsein erscheint, tritt wenigstens in allen bedeutenderen Fällen diesem Streben grundsätzlich entgegen. Die germanischen Staatsentwickelungen der früheren Zeiten vermochten jedoch nicht, zu dieser principiellen und allgemeinen Negation der Selbsthülfe zu gelangen, wiewol sich mit der mehr und mehr sich entfaltenden Staatsidee ein Streben und ein theilweis erfolgreiches Streben danach überall vorfindet. Dieß negirende Streben kann aber nur dann und nur insoweit erfolgreich sein, als das Recht an die Stelle der Selbsthülfe Mittel und wirksame Mittel setzt, durch welche der Angriff abgewehrt werden kann, oder auch die Möglichkeit des Angriffs selbst ausgeschlossen oder doch verringert wird. Wo solche Mittel nicht gegeben sind, wird die Selbsthülfe fortdauern. Das Recht kann sich in verschiedener Weise zu dieser Selbsthülfe verhalten. Der Staat behauptet entweder wirksame Mittel gegeben zu haben, den Angriff abzuwehren und erklärt die Selbsthülfe für strafbar, oder er erkennt den Mangel von entsprechenden Mitteln an, gestattet die Selbsthülfe und knüpft sogar rechtliche Wirkungen an den Ausgang der einzelnen Acte derselben. Zwischen diesen Extremen liegen noch verschiedene Mittelstufen: Duldung, limitirte und bedingte Duldung, limitirte und bedingte rechtliche Anerkennung. Genauer gesprochen: das Verhalten des Rechts zur Selbsthülfe drückt sich nur ganz ausnahmsweise in den aufgestellten Extremen aus und erscheint regelmäßig in den angeführten Zwischenphasen.

Das s. g. Fehderecht, das in der unbedingten Ausdehnung nie anerkannt war, stellt eine solche Phase dar. In Betreff derselben findet gar kein Versuch Statt, der Selbsthülfe eine höhere Bedeutung beizulegen oder das Resultat derselben auf ein anderes Moment zurückzuführen, als auf die

persönliche Ueberlegenheit des einen Theils oder die Begünstigung durch zufällige Umstände. Eine andere Phase ist der gerichtliche Zweikampf. Durch den Rechtsgang mit Einschluß des Urtheils waren zwar friedliche Mittel aufgestellt, Angriffe (im weitesten Sinn) abzuwehren. Diese reichten aber in manchen Fällen nicht zu, und es blieb nichts übrig, als die Selbsthülfe. Die Anwendung der Mittel war aber auch nicht immer unbedingt vorgeschrieben, sie konnte unter Umständen verworfen und an ihrer Stelle zur Selbsthülfe geschritten werden. Ja auch da, wo das Mittel zugelassen war, konnte noch hinterher versucht werden, seine Wirkung durch Selbsthülfe zu zerstören (Anfechtung von Zeugen, Eideshelfern, Urkunden, ja selbst Urtheilen durch das Schwert). Das Resultat der Selbsthülfe begründete in allen diesen Fällen einen rechtlichen Zustand. Daß der gerichtliche Zweikampf aber seiner Natur nach Selbsthülfe war, zeigt sich am deutlichsten im Vindicationsverfahren[7]); aber auch der Zweikampf in Folge einer Anklage stellt sich als solche dar, sobald man in's Auge faßt, daß der Ankläger in seinem Privatinteresse auftritt und es ist gleichgültig, ob man davon ausgeht, daß derselbe die ihm gebührende Forderung (compositio) durch sein Schwert erlangen, oder daß er das ihm oder den Seinigen angethane Unrecht abweisen resp. rächen will. Ebenso erscheint die Anfechtung von Beweismitteln oder Urtheilen als ein Abwehren des durch dieselben drohenden Nachtheils.

Die Selbsthülfe ist in allen diesen Fällen aber nicht unbedingt gestattet, sondern sie wird durch das Recht in gewisse Gränzen eingeschlossen und ihre Anwendung gewissen Regeln

7) Vergl. z. B. lex Alamann. 84. Ponant ipsam terram (eine Scholle des streitigen Grundstücks) in medio et tangant ipsam cum spatis suis, cum quibus pugnare debent.

unterworfen, die an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten verschieden festgestellt werden.

Diese Anerkennung der Selbsthülfe wurde schon früh ethisch gerechtfertigt. In jedem sittlichen Volk lebt die Ueberzeugung von dem endlichen Siege des Guten und in specie der Gerechtigkeit. Eine fromme Sinnesart sucht in den von ihrer Wirksamkeit unabhängigen Ereignissen die Thätigkeit einer höheren Macht, welche zur Realisirung dieses Princips führt, und tröstet sich demgemäß über die Unzulänglichkeit ihrer Mittel, dieses Princip selbst zu realisiren. Diese Auffassung führt aber sehr leicht dahin, diese höhere Einwirkung als auf den einzelnen Fall berechnet anzusehen, jedes Ereigniß als Strafe, Belohnung, göttliche Entscheidung eines einzelnen Falls anzusehen. Diese auch in hohen Culturzuständen gäng und gebe rohe Auffassung, welche ja häufig als besonders religiös angepriesen wird, muß in tieferen Culturzuständen, deren religiöse Ueberzeugung ein viel unmittelbareres Verhältniß der höheren Macht zu dem menschlichen Dingen aufstellt, in großer Stärke hervortreten. Es gibt nun Fälle, in welchen die menschliche Fähigkeit der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen nicht vorhanden ist, weil der dazu bestellten Autorität die Mittel abgehen, die Gerechtigkeit zu erkennen. Ein solcher Fall „ad judicium dei pertinet,“ d. h. die menschliche Autorität erklärt ihre Wirksamkeit für geschlossen; an die Stelle der Entscheidung gemäß der von Menschen zu erkennenden Gerechtigkeit tritt die Entscheidung durch die persönliche Kraft der Streitenden; man fügt sich dieser Nothwendigkeit aber um so leichter, als man sich berechtigt hält, anzunehmen, daß durch göttliche Einwirkung der gerechten Sache der Sieg werde verliehen werden. Die Kämpfer selbst proclamiren vor Beginn des Kampfs diese religiöse Ueberzeugung, indem Jeder Gott

um Beistand für seine gerechte Sache bittet [8]). So erscheint der Zweikampf nach den uns bekannten ältesten Quellen als eine sittlich gerechtfertigte Selbsthülfe. Auf Selbsthülfe aber liegt noch immer der Accent und der Kampf wird nicht etwa nur vorgenommen, damit sich die Entscheidung Gottes zeigen könne, sondern er selbst ist es, der entscheidet, diese Entscheidung aber enthält die Garantie, eine gerechte zu sein. Allmälig mag nun freilich, als mit einer Läuterung der rechtlichen Anschauung erkannt wurde, daß die Selbsthülfe als solche nicht mehr zu rechtfertigen sei, die sittlich religiöse Anschauung über den Ausgang derselben mehr und mehr in den Vordergrund getreten sein, so daß in den späteren Zeiten der Zweikampf wirklich als Mittel, die höhere Entscheidung herbeizuführen, betrachtet wurde. Von Einfluß hierauf mögen wol namentlich die eigentlichen Gottesurtheile gewesen sein, welche sich von Anfang an lediglich als derartige Mittel darstellen [9]). In den leges barbarorum [10]) findet sich aber die oben aufgestellte Auffassung noch völlig vor und auch in der späteren Zeit tritt immer noch eine verschiedene Behandlungsart der Gottesurtheile und des Zweikampfs hervor, worauf

---

8) Dieselbe Anschauung findet sich bei jedem Streit, z. B. einer Schlacht, weßhalb auch eine solche judicium dei genannt wird.

9) Wie sehr man aber den Zweikampf und die Gottesurtheile begrifflich aus einander hielt, geht aus der Erzählung des Saxo Grammaticus hervor. Als er von der Verdrängung des Zweikampfs durch die Gottesurtheile in Dänemark berichtet, sagt er, die Dänen hätten eingesehen, daß die Entscheidung des Rechtsstreits besser dem göttlichen Gericht, als dem menschlichen Streite überlassen werde.

10) Im isländischen Recht tritt dieselbe Auffassung deutlich hervor. Der Kampf als Verfahren ohne Recht wird dem Proceß als dem Verfahren mit Recht entgegengestellt. Vergl. K. Maurer, Beiträge zur Rechtsgeschichte des germanischen Nordens. Heft I. S. 196. Vergl. auch die vorhergehende Erzählung und Erörterung von S. 179 an, namentlich S. 180 u. 185.

schon vielfach aufmerksam gemacht worden ist[11]). Die wesentliche Verschiedenheit aber finde ich gerade nicht hervorgehoben; sie besteht darin, daß bei den Gottesurtheilen mit dem Streit selbst gar nicht in Beziehung stehende, verhältnißmäßig ziemlich gleichgültige Handlungen vorgenommen wurden, welche nur einen unbedeutenden Schaden hervorbringen konnten, der Zweikampf aber ein ernsthafter Kampf war, bei welchem Leib und Leben gewagt wurde und der mit dem Streit selbst in genauem Zusammenhang stand, indem er den Streit der Parteien in so drastischer Weise darstellte, daß er nicht einmal nur als Symbol desselben aufgefaßt werden konnte (die Vertretung der Parteien durch Kämpfer ist natürlich nur als Ausartung zu betrachten). Die Nichtanwendung der Gottesurtheile auf Vermögensstreitigkeiten läßt dieß noch deutlicher hervortreten. Ein weiterer Beleg dafür, daß der wirkliche Kampf das wesentliche Moment im Zweikampf war, ist die seltene Anwendung der Kreuzesprobe. In ihr war auch ein auf die physische Kraft basirter Streit der Parteien vorhanden. Er stand jedoch nicht in natürlicher Beziehung zu dem Rechtsstreit; der Ausgang desselben war ein an und für sich gleichgültiger, er konnte nur künstlich als der Entscheidung präjudicirend betrachtet werden. Die Kreuzesprobe bot jedenfalls ein bequemes und, sobald man die Selbsthülfe als unsittlich ausschließt, sittlicheres Mittel zur Herbeiführung der göttlichen Entscheidung. Nichtsdestoweniger finden sich nur schwache Spuren der Anwendung dieser Probe und sie erscheint auch da nur als nothgedrungenes Surrogat des Zweikampfs.

Auch unser modernes Duell stellt sich als Selbsthülfe dar. Die weitere Ausführung darüber s. u. §. 18.

11) Vergl. namentlich Unger, der gerichtliche Zweikampf. 1847. §. 3.

Wenden wir uns nun aber zur Darstellung des Verfs., so zeigt sich, daß er, statt von den Bestimmungen der leges und Rechtsbücher über gerichtlichen Zweikampf, von einer ritterlich romantischen Auffassungsweise ausgeht, deren Spuren man überall anderswo, als in unseren Rechtsquellen finden mag. Eine Verpflichtung des waffenfähigen Mannes als solchen, zum Schutz der höheren sittlichen Ordnung sein Schwert zu ziehen, daher die Pflicht, den Schwachen und Schutzlosen zu vertheidigen, die Befugniß, eine fremde Sache zur eignen zu machen, sind Sätze, welche die alten Rechtsquellen nicht kennen. Nur wer ein eigenes Recht behauptet, klagt und kämpft um Anerkennung seines speciellen Rechts oder des Rechts der in demselben Familienkreis mit ihm Stehenden; nur der Verletzte, oder, wenn er nicht mehr existirt, dessen Rechtsnachfolger klagt an und kämpft mit dem Verletzer um die zu leistende Entschädigung oder, um ihn der öffentlichen Strafe zu überliefern. Die in Note 13 aufgestellte Behauptung, daß die Gemeinde bei mangelndem Beweis auf wirkliche Vollziehung des Zweikampfs dringen müsse, ist zwar ganz consequent entwickelt, aber nur leider nirgends anerkannt [12]). Hätte der Verf., was er in der Schlußnote dieses Paragraphen von der auch noch heutigen Tags vorhandenen Anschauung, daß die Wahrheit Sieg behalten müsse, und von der Anwendung dieser Anschauung auf die heutigen Parteiansichten sagt, zum Ausgangspunkt genommen, so würde er zu richtigeren Resultaten gekommen sein. Dieser Satz läßt sich auf jeden Kampf anwenden, dem eine Idee zu Grunde liegt, mag er zwischen Einzelnen oder zwischen Nationen gekämpft werden, ja es ist ohne ihn eine

12) Daß die Parteien, welchen nach Angelobung des Kampfs ein Termin zu diesem gesetzt ist, wenn sie nicht erscheinen, dem Richter eine Wedde zahlen mußten, beruht auf allgemein processualischen Grundsätzen.

Kampfesbegeisterung gar nicht denkbar. Nie aber wird die Ansicht dabei vorhanden sein, daß man kämpfe, um Gelegenheit zu göttlicher Entscheidung zu geben, sondern, um durch den Kampf zum Sieg zu gelangen [13]).

Stellt man, wie dieß der Verf. thut, dem gerichtlichen Zweikampf das römische Vindicationsverfahren gegenüber, so zeigt sich hier, soweit unsere Quellen zurückgehen, eine völlige Negirung der Selbsthülfe: „Mittite ambo hominem.“ Das Urtheil wird in Folge genauer Untersuchung des rechtlichen Verhältnisses gesprochen. Das manus conserere ist also lediglich als symbolische Handlung (in der oben angegebenen Auffassung) zu betrachten und der ganze Zusammenhang zeigt gerade, wie die wahre Bedeutung des Actes der physischen Gewalt durch das Recht völlig verdrängt ist.

§. 10.

Begriff und Inhalt des Rechts.

Gemäß der Verschiedenheit der Ansichten über Entstehung des Rechts soll sich nach dem Verf. auch eine gleiche Verschiedenheit in Beziehung auf Begriff und Inhalt zeigen. Dem römischen Princip der Beute entspreche der Begriff des Rechts als „dem Umfang und Inhalt nach unbegränzter (absoluter) Herrschaft,“ das Recht sei eine „Sphäre souveränen Schaltens.“ Die Beschaffenheit der Rechtsobjecte mache keinen Unterschied. — Im

13) Ich mache hier noch unter den uns geläufigen Aussprüchen: mit Gott, mit Gottes Hülfe u. s. w. namentlich auf einen aufmerksam, der mir genau hierher zu passen scheint. „In Gottes Namen“ wird so häufig zur Rechtfertigung einer Handlungsweise gebraucht, die nicht als zweckentsprechend erscheint, zu der man aber mit Berücksichtigung des Nichtvorhandenseins anderer Mittel und in der Hoffnung, den sittlichen Zweck eben wegen seiner Sittlichkeit zu erreichen, greift.

Gegensatz entscheide im germanischen Recht der „höhere sittliche Zweck des einzelnen Rechtsverhältnisses über Inhalt und Umfang des Rechts,“ das Recht sei eine „Sphäre sittlichen Schaltens,“ jedes Recht sei ein „Lehen, das der Mensch von Gott empfangen habe, für dessen Gebrauch er Gott verantwortlich und womit er Gott zu dienen schuldig sei.“ Es werden nun folgende Sätze formulirt:

1) Der Umfang jedes Rechts ist durch den höhern sittlichen Zweck derselben beschränkt.

2) Der Inhalt des Rechts ist durch den höhern sittlichen Zweck desselben bestimmt.

3) Der Berechtigte ist verpflichtet, den höhern sittlichen Zweck des Rechts zu erfüllen.

Der Verf. verweist in Betreff der Ausführung selbst auf den speciellen Theil, es werden deßwegen dort diese Sätze im Einzelnen zu prüfen sein. Es wird sich dabei zeigen, wie der erste und zweite Satz auch im römischen Recht anerkannt ist, der dritte sich aber auch im deutschen Recht in dieser Allgemeinheit nicht vorfindet, sondern vielmehr in beiden Rechten manche den Berechtigungen entsprechende Verpflichtungen vorkommen. Was von dem absoluten Recht der Staatsgewalt gesagt wird, kann erst, wenn der Verf. im zweiten Theil seine staatsrechtlichen Ansichten entwickelt haben wird, einer genaueren Betrachtung unterworfen werden [1]. Hier mag nur die Bemerkung stehen, daß die römische Staatsallmacht doch immer nur als ein minus der griechischen erscheint, der Verf. aber in den griechischen Staatsverfassungen das objective Princip ausgesprochen findet.

Am Schluß des Paragraphen findet sich eine Darstellung der Principien des Lehnstaats, welche mehr von der Fähigkeit

---

1) S. auch oben §. 5.

des Verfs., seine Ideen in historische Institute hineinzutragen, als dem erfolgreichen Streben, aus demselben die leitenden Principien herauszufinden, zeugt. In dem Lehnstaat soll der germanische Begriff des Rechts zur vollsten Bedeutung gelangt sein, das Lehn seit der Anerkennung der Erblichkeit sich als edlere und vollkommnere Form des Eigenthums darstellen und „das entscheidende Motiv der Oblation der Gedanke gewesen sein, daß es schimpflich und des Mannes unwürdig sei, sein Leben in träger Ruhe hinzubringen und daß der Mensch das, was er empfangen, auch verdienen und mit dem, was er habe, einem höhern Zweck dienen müsse" [2]).

§. 11.

Einfluß des Rechtsbegriffs auf den Begriff der Rechtsfähigkeit.

Argumentation des Verfs.: Nach römischer Ansicht fällt der Begriff der Rechtsfähigkeit nothwendig mit dem der Persönlichkeit zusammen. Zur Rechtsfähigkeit ist eben nichts Anderes erforderlich, als die mit dem Begriff der Persönlichkeit gegebene Fähigkeit des Willens. Es ist gleichgültig, ob die Fähigkeit vorhanden ist, die Rechte zu gebrauchen oder etwas dafür zu leisten. Daher wird die Rechtsfähigkeit durch körperliche Mängel nicht gemindert und durch geistige Mängel nur, so weit die Natur der Sache dieß mit sich bringt, daher üben Sittlichkeit und Unsittlichkeit des Menschen auf seine Rechtsfähigkeit keinen Einfluß. Im Staatsrecht ist freilich die practische Durchführung des Princips nicht möglich und daher die Wirkungen der Infamie. Die Rechtsfähigkeit ist aber auch eine absolute, d. h. derjenige, der überhaupt rechtsfähig

---

2) Schmidt S. 132.

ist, ist damit auch aller Rechte fähig, welche ein römischer Bürger überhaupt haben kann.

Nach germanischer Auffassung des Rechts, als eines von Gott verliehenen und daher nach seinem Willen zu verwaltenden Amtes kann nur der rechtsfähig sein, welcher physisch und moralisch im Stande ist, das Recht seinem höhern sittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen und diesen Zweck zu erfüllen — der persönlich Tüchtige — der Mann von unbescholtener Ehre.

Diese allgemein aufgestellten Sätze werden nun folgendermaßen weiter ausgeführt:

In der ältern Zeit, vor der Gliederung des Volks in Stände, ist die „Vertheidigung der höhern Rechtsordnung der hauptsächliche und wahre Beruf jedes freien Mannes." Zur Erfüllung dieses Berufs muß nöthigenfalls das Schwert gezogen werden, folglich ist nur der Waffenfähige vollkommen rechtsfähig. Daher hat nicht nur der Zwerg und Krüppel nicht volle Rechtsfähigkeit, sondern auch diejenigen, bei welchen die erforderlichen sittlichen Eigenschaften nicht vorausgesetzt werden können, d. i. Fremde und — unehelich Geborene [1]) und diejenigen, welche diese Voraussetzung durch Verbrechen verscherzt haben. Nur Waffenfähige können Gemeindeglieder werden, da der Zweck der Gemeinde die Realisirung der höhern Rechtsordnung ist. Nach der Gliederung in Berufsstände mußte dieß Princip modificirt werden. Jeder mußte jetzt die dem speciellen Lebensberufe, welchem er sich widmen wollte, entsprechende Qualificationen besitzen. Dieser Grundsatz galt im Land-, Lehn- und Hofrecht, fand aber durch das Genossenschaftswesen des Mittelalters seine vollste Entwicke-

1) S. über die Erklärung der geminderten Rechtsfähigkeit der Unehelichen unten §. 17.

lung. Die Rechtsfähigkeit ist daher eine relative. Wer vollkommen an seinen Rechten war, wurde doch nur immer derjenigen Rechte für fähig geachtet, zu deren rechtem Gebrauch ihn sein Beruf befähigte. Der Bürger konnte nicht adeliche Güter erwerben und der Ritterbürtige nicht bürgerliche Nahrung treiben. Wichtig war dieser Grundsatz im Staatsrecht: im Gegensatz zum römischen allgemeinen Stimmrecht „beschränkt das germanische Recht die Theilnahme an der Berathung öffentlicher Angelegenheiten auf das Maß der politischen Befähigung." „Daher konnten die Zünfte — eine Betheiligung am Stadtregiment, nicht aber einen Antheil am Landesregiment erringen, dem landsässigen Adel wol die Landstandschaft zugebilligt werden, nicht aber die Reichsstandschaft." — Diese Relativität der Rechtsfähigkeit erzeugt auch in einzelnen Fällen eigenthümliche, dem römischen Recht unbekannte Vorzugsrechte des Befähigteren: Vorzug des Mannsstamms bei der Erbfolge in Immobilien, die Sätze über Heergeräthe, Gerade, das Retractsrecht der Bürger u. s. w.

Schließlich wird als selbstverständlich angeführt, daß der Grundsatz nicht abstract gefaßt und auf alle Rechte in gleicher Weise ohne Unterschied angewendet werden dürfe. Wer unfähig sei, das zu leisten, was von ihm nach seinem Stand und seinen Verhältnissen gefordert werden dürfe, werde nicht jedes Vermögensrechts unfähig, sondern nur derjenigen „Rechte, bei denen der Character des Amts in höherm Grade hervortritt und bei deren rechter Verwaltung die Gesammtheit interessirt ist; dazu gehören namentlich alle politischen Rechte im weitesten Umfange des Worts, das Recht, ein öffentliches Gewerbe zu treiben und — das Recht des Grundbesitzes. Er ist nicht rechtslos im römischen Sinn, sondern nur unvollkommen rechtsfähig."

Die Rechtsfähigkeit fällt insofern mit dem Begriff der Persönlichkeit zusammen, als dieselbe in der Fähigkeit, überhaupt Rechtssubject zu sein, besteht, nicht aber insofern darunter die Fähigkeit, Subject aller Rechte zu sein, absolute Rechtsfähigkeit, begriffen wird. Dieß gilt sowol für das römische, als für das deutsche Recht.

Volle Rechtsfähigkeit hatte in Rom keineswegs jede Person, sondern nur der civis Romanus ingenuus sui juris non infamis. Jedes dieser Requisite enthält aber von selbst die Anerkennung einer Reihe von Minderungen dieser absoluten Rechtsfähigkeit. Von dem civis Romanus ingenuus bis ausschließlich zum peregrinus und dedititius gibt es eine Menge verschiedener Abstufungen der Grade rechtlicher Anerkennung von Nichtrömern und diesen entsprechende Grade der Libertinität. Wenn der Verf. (S. 138) freilich lediglich den römischen Bürger im Auge hat, so fallen damit diese Abstufungen, und nur die verminderte Rechtsfähigkeit der liberti cives Romani bleibt. Diese Beschränkung ist aber ungerechtfertigt, denn auch der Nichtbürger hatte eine persona. Wie wenig die vom Verf. als der germanischen Rechtsauffassung angehörend angegebenen Gründe der geminderten Rechtsfähigkeit, ihre Richtigkeit angenommen, specifisch germanische sind, wird deutlich, wenn man den Versuch macht, sie auf römische Verhältnisse anzuwenden, und die geminderte Rechtsfähigkeit der Freigelassenen aus ihnen zu erklären. Bei dem Liberten, so könnte man sagen, bleibt, obgleich er freigelassen, doch noch immer die angeborne sclavische Gesinnung und diese pflanzt sich fort. Diejenige Gesinnung, welche bei einem frei gebornen Bürger vorausgesetzt werden darf [2]), ist bei einer derartigen Person nicht vorauszusetzen. Der Liberte hatte daher ursprünglich nicht das jus

2) Vergl. Schmidt S. 135. N. 4.

suffragii und erlangte es später nur in beschränkter Weise; er war nicht fähig, in den Legionen zu dienen, sondern nur auf der Flotte, wie Sclaven und Verbrecher; honores konnte er de jure nicht erlangen; auch war seine Verfügung mortis causa beschränkt und er selbst wurde immer in einem gewissen Abhängigkeitsverhältniß von seinem ehemaligen Herrn und dessen Familie erhalten. Richterliches Urtheil kann durch restitutio natalium diese Präsumtion im Allgemeinen zerstören und damit fallen auch die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit. Durch Arrogation kann ein ingenuus Zeugniß für die Ehrenhaftigkeit der Gesinnung des arrogirten Liberten ablegen, der dann auch, soweit der Wirkungskreis des Arrogirenden geht, die Rechte eines ingenuus erhält. Hatte aber durch Freilassung lediglich zur Latinität der ehemalige Herr den Mangel der zur Civität erforderlichen Gesinnungstüchtigkeit bei dem Freigelassenen in concreto constatirt, so war diesem selbst die Fähigkeit, eine römische Familie mit den rechtlichen Wirkungen zu gründen, genommen und er mußte durch besondere, dem Staate geleistete Dienste (nave, aedificio) und längere tadellose Aufführung die Erwerbung der nöthigen Gesinnungstüchtigkeit darthun, ehe er die Civität erlangte u. s. w. u. s. w. Der Verf. wird sicherlich der Letzte sein dürfen, der diese gewiß treue Anwendung der von ihm aufgestellten Grundsätze ansicht.

Aber auch innerhalb des Kreises der vollfreien Bürger existirt die absolute Rechtsfähigkeit, wie sie der Verf. darstellt, nicht. Sehr geringes und sehr hohes Alter, weibliches Geschlecht, Subjection unter die Herrschaft eines Andern modificiren dieselbe wesentlich. Das sittliche Betragen des Menschen ist so wesentlich berücksichtigt, daß nicht nur die Wirkungen der Unsittlichkeit nach einer Richtung genau rechtlich festgestellt sind, sondern auch, wo dieß nicht der Fall ist, doch recht-

liche Berücksichtigung finden, ja sogar ein besonderes Organ vorhanden ist, welches die Unsittlichkeit als solche mit rechtlichen Nachtheilen belegt. Wenn der Verf. betreffs dieses Puncts von einer practischen Undurchführbarkeit des Princips auf dem Gebiete des Staatsrechts spricht, so ist dieß eine der schon oben gerügten Willkürlichkeiten. Vergl. hierüber unten §. 17.

Bei den Germanen war in ganz ähnlicher Weise wie bei den Römern ursprünglich die Rechtsfähigkeit verschieden nach den verschiedenen Freiheitsgraden und nach der Nationalität. Hier wie dort influirt auf die Rechtsfähigkeit Alter, Geschlecht, sittliches Verhalten [3]). Eine besondere Fähigkeit zum Gebrauch des Rechts wird aber eben so wenig im germanischen, als im römischen Recht erfordert. Derjenige, dem Hände oder Füße oder Augen fehlen, kann sicherlich sein Recht nicht in der Art gebrauchen, wie ein körperlich völlig Tüchtiger, er kann namentlich nicht das Schwert ziehen zur Vertheidigung der höhern Rechtsordnung und doch erwirbt er nach ausdrücklichen Erklärungen der Quellen Vermögen, ja sogar Immobilien. Nur ausnahmsweise wird denjenigen, welche nicht nur eine anormale, sondern eine anomale körperliche Gestalt haben und deßwegen nicht als volle Menschen gelten [4]) und denjenigen, welche durch eine unheilbare Krankheit von dem menschlichen Verkehr ausgeschlossen sind, die Fähigkeit der Erwerbung von Rechten beschränkt [5]). Der Ausschluß körperlich Unfähiger von der Lehnsfolge er-

---

3) Ueber die Rechtsminderung der Unehelichen s. u. §. 17.

4) Das römische Recht faßt durch Ausschließung des monstrum oder prodigium den Begriff nur enger.

5) Nicht abgesprochen. Das Rechtsbuch nach Distinctionen I, 5, dist. 10 l. 164. spricht dem Misselsüchtigen das von ihm Erarbeitete zu.

klärt sich einfach daraus, daß er die rechtlich mit dem Innehaben des Lehnguts verbundenen Dienste nicht oder nicht gehörig leisten kann [6]). Daher ist ein solcher auch nur relativ lehnunfähig [7]). — Wäre die persönliche Tüchtigkeit wirklich Requisit zur Erwerbung von Rechten gewesen, so hätte man dem kurz nach der Geburt gestorbenen Kind nicht Rechte einräumen können, denn hier ist ja zu der Zeit, in welcher die Frage nach dem Rechtserwerb erhoben wird, immer schon die Gewißheit vorhanden, daß das Kind nicht fähig war und nicht fähig werden konnte, die Rechte zu gebrauchen.

Scheinbar unterstützt wird die Ansicht des Verfs. durch die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Altersschwachen oder auf dem Todbette Liegenden, aber freilich nur scheinbar, denn diese Beschränkung erklärt sich aus der rohen Auffassung des germanischen Rechts, welche factisches und rechtliches Innehaben, factische und rechtliche Dispositionsfähigkeit schwer von einander trennt [8]). Ueber die andern aus dem germanischen Erbrecht hergenommenen Beispiele: Vorzug des Mannsstamms bei der Erbfolge in Immobilien, Gerade und Heergewäte s. u. §. 36.

Was über die Waffenfähigkeit gesagt wird, kann erst bei §. 15 seine Würdigung erhalten. Hier nur so viel: Wenn Waffenfähigkeit „Bedingung" der Rechtsfähigkeit sein soll, so kann darunter nur die physische Fähigkeit, Waffen zu führen, verstanden werden. Alsdann müßte jeder kräftige und in Waffen geübte Mann rechtsfähig sein. Versteht man aber unter

---

Nur von der Erwerbung durch Erbgang ist er ausgeschlossen. Auch nach dem Sachsenspiegel behält der Misselsüchtige das vor der Krankheit Ererbte.

6) Auch in Rom war der körperlich Untüchtige unfähig zum Militärdienste und insofern also nach der Ansicht des Verfs. nicht absolut rechtsfähig.

7) S. u. S. 95. Note 10.

8) S. u.

Waffenfähigkeit, wie das der Verf. thut, das jedem Freien an seinem Recht vollkommenen zustehende Recht, Waffen zu führen, so liegt ein Kreisschluß der einfachsten Art vor.

Wenn sich das von dem Verf. aufgestellte Princip nicht im älteren Recht findet, so fragt es sich, ob es dann, „als das Volk sich in verschiedene Berufsstände gliederte," wo es „eine reichere Entwickelung erhalten" haben soll, vorhanden ist. Es soll jetzt „die Fassung erhalten haben, daß Jeder die dem speciellen Lebensberufe, dem er sich widmen sollte und wollte, entsprechende Qualification besitzen müsse, um zur Ausübung desselben zugelassen zu werden" (S. 137). — Bleiben wir vorerst bei der eigentlichen Bedeutung der Worte Berufsstand und Lebensberuf stehen, wie sie auch hier zunächst dem Verf. vorzuschweben scheint.

Das in neuer Fassung aufgestellte Princip ist in seiner Allgemeinheit im germanischen Recht nie anerkannt worden und kann überall da, wo dem Individuum eine freie Selbstbestimmung irgendwie gelassen werden soll, nicht anerkannt werden, denn in seiner Unbeschränktheit führt es mit Nothwendigkeit zu dem andern Princip, welches gleichsam seine Kehrseite bildet, daß jeder denjenigen Beruf ergreifen müsse, zu welchem er qualificirt ist. An die Stelle dieses Princips ist folgender Satz zu stellen: das germanische Recht erkennt an, daß es im Interesse der Allgemeinheit ist, daß gewisse Berufe nur von denjenigen ausgeübt werden, welche eine besondere Qualification dazu besitzen, und stellt deßwegen besondere Requisite zur Erwerbung oder Ausübung gewisser Rechte auf. Ebenso wenig aber, als dieser Satz specifisch germanisch ist, beschränkt oder modificirt er die Rechtsfähigkeit im Geringsten. Er ist ein im öffentlichen Interesse (juris publici) aufgestellter allgemeiner Rechtssatz, welcher Niemanden eines Rechts oder der Möglichkeit der Erwerbung desselben beraubt. Daß ein

Einzelner wegen seiner geistigen oder körperlichen Eigenschaften nicht im Stand ist, die gestellten Bedingungen zu erfüllen, mindert die Rechtsfähigkeit desselben nicht, sondern hindert ihn nur, von seiner Rechtsfähigkeit Gebrauch zu machen [9]).

Auch in Rom forderte man in manchen Fällen derartige Qualificationen. Selbstverständlich ist, daß der körperlich Unfähige nicht Kriegsdienst leisten kann, ausdrücklich wird uns aber gesagt, daß für die Anführerstellen eine besondere Qualification erforderlich war — nur wer fünf, resp. zehn Feldzüge mitgemacht, konnte Tribun werden. Dasselbe war im höhern Staatsdienst der Fall: wer eine höhere Stelle ambirte, mußte vorher die niederen bekleidet haben; und im untern Staatsdienst — glaubt man, um den scribae beigeschrieben zu werden, habe es nicht einer besonderen Befähigung bedurft? Glaubt man ferner, der Kaiser habe jedem Beliebigen das jus respondendi ertheilt, und es liege nicht vielmehr in dieser ausdrücklichen Verleihung die Voraussetzung der Fähigkeit des Juristen?

Es läßt sich nicht läugnen, daß uns nur eine verhältnißmäßig geringe Anzahl von Fällen berichtet wird, in welchen in Rom die Nachweisung der Fähigkeit zu einem Berufe

9) Daß derjenige, der nicht fähig, ein Meisterstück zu machen, sich nicht als Handwerker etabliren, derjenige, der ein Staatsexamen nicht bestehen, nicht Staatsdienste nehmen, der nicht hinreichend Große oder körperlich Kräftige nicht ins Militär, der nicht besonders Große und Kräftige nicht in das Elitencorps eintreten kann, macht alle diese Personen nicht weniger rechtsfähig, als diejenigen, welche diesen Voraussetzungen entsprechen können. Man würde mit demselben Recht da, wo das Recht holographe Testamente kennt, den des Schreibens Unerfahrenen für minder rechtsfähig halten, weil er kein Testament ohne Zeugen machen kann, oder den Stummen und Tauben, weil er nicht stipuliren kann, oder den Lahmen, weil er nicht auf dem öffentlichen Weg gehen kann.

als Requisit der Ausübung derselben aufgestellt war, aber auch in Deutschland waren der Fälle bei weitem nicht so viele, als der Verf. annimmt, und es gehören für das mittelalterliche Recht wol nur die Sätze hierher, welche über die Betreibung bürgerlicher Gewerbe aufgestellt waren [10]). Ob der Staat oder die engere staatliche Verbindung selbst die Requisite der Zulassung zur Betreibung von Gewerben formulirt, oder deren Aufstellung der aus den Gewerbtreibenden selbst gebildeten Genossenschaft überläßt, ist gleichgültig, denn in dem letztern Fall hat der Staat den allgemeinen Satz aufgestellt, daß nur der das Gewerbe selbstständig treiben dürfe, welcher in die Genossenschaft aufgenommen ist und dadurch implicite die von der Genossenschaft als Requisite der Aufnahme aufgestellten Bedingungen anerkannt. Freilich aber kann auch nur da von einem rechtlichen Requisit gesprochen werden, wo dieser allgemeine Satz aufgestellt ist. Da, wo zwar genossenschaftliche Verbindungen von Berufsgenossen bestehen, einem außerhalb derselben Stehenden aber die Ausübung desselben Berufs nicht untersagt ist, sind die von der Genossenschaft aufgestellten Requisite der Aufnahme rechtlich gleichgültig. Solche rechtlich gleichgültige Genossenschaften sind die Verbindungen derjenigen, welche die s. g. freien Künste

---

10) Wenn im Lehnrecht von dem Vasallen gefordert wird, daß er Kriegsdienste müsse leisten können, so ist dieß, wie oben bemerkt, lediglich im Interesse des Lehnsherrn festgestellt: das Leisten der Dienste ist weniger ein Ausüben des Berufs eines Vasallen, als die Gegenleistung für Ueberlassung des Gutes, daher „sein Lehn verdienen." Eben so im Hofrecht: Nicht deßwegen, weil der Beruf des Erbbeständers ist, mit eigener Hand den Grund und Boden zu bebauen, muß derselbe dazu tüchtig und darf nicht zu alt sein, sondern weil es im Interesse des Grundherrn ist, daß sein Grund und Boden gehörig bebaut wird, insbesondere, daß er seine Einkünfte aus demselben ordentlich erhält.

betreiben, die wissenschaftlichen Corporationen, die Genossenschaft der Ritter, das cingulum militare, insbesondere die einzelnen Ritterorden, die vielen Verbindungen zu religiösen Zwecken. Da auch der außerhalb der Genossenschaft Stehende die freien Künste ausüben, sich wissenschaftlich bethätigen, das Schwert führen, gegen die Ungläubigen kämpfen, religiöse Uebungen anstellen durfte, so sind die Bedingungen, an welche die betreffenden Genossenschaften die Aufnahme knüpfen, nicht Requisite zur Ausübung des Berufs. Die absoluteste Rechtsfähigkeit kann aber Niemanden berechtigen, zu verlangen, in einen von Andern gebildeten rechtlich gleichgültigen Verein aufgenommen zu werden. Nur dadurch, daß der Staat den Gliedern dieser Vereine eine ausschließliche Berechtigung gibt, ist eine Verpflichtung derselben zur Aufnahme Dritter gerechtfertigt.

Der Verf. beschränkt sich nicht nur darauf, sein Princip auf die eigentlichen Berufsstände anzuwenden, sondern er will dasselbe auch in der verschiedenen Rechtsfähigkeit der einzelnen Geburtsstände erkennen, die er freilich, wie schon früher bemerkt, zu nicht geringer Verwirrung der Begriffe ebenfalls als Berufsstände auffaßt. Ja, die Geburtsstände hatten eine verschiedene Rechtsfähigkeit, aber nicht der Beruf war es, aus denen diese zu erklären ist, sondern die verschiedene Rechtsfähigkeit ist es selbst, welche das Kriterium zur Unterscheidung der Stände gibt. Adel, Bürgerthum, Bauernstand waren nicht factische, sondern rechtliche Begriffe. Der Beruf aber ist etwas Factisches, rechtlich Zufälliges. Der Beruf steht so wenig mit dem Geburtsstand in einer nothwendigen Beziehung, daß er nicht einmal bei der Sonderung der Stände im Allgemeinen das bewegende Moment war. Nur der Bildung des Adelsstandes lag die Gemeinsamkeit des Berufs zu Grund, nicht aber der der beiden andern Stände, ja innerhalb des Bürgerstands war sogar nie und am allerwenigsten zur Zeit

der Blüthe der Städte eine Gemeinsamkeit des Lebensberufes vorhanden. Der Bürgerstand bildete sich aus durch die localen Verhältnisse einzelner Rechtskreise, das Beschränktsein desselben auf einen engen Raum, das Umschlossensein durch eine Mauer. Der Bauernstand bildete sich aus dem Residuum 11) derjenigen Nichtstädtebewohner, welche nicht ihre alte Unabhängigkeit zu behaupten oder sich nicht aus der alten Abhängigkeit zu befreien vermochten und eben wegen dieser rechtlichen Abhängigkeit Lasten zu tragen hatten. Welcher Art diese Lasten waren, blieb gleichgültig; das Tragen der Lasten ist das rechtliche Moment im Bauernstand.

Es kann hier nicht der Ort sein, die Entwickelung der Stände genauer zu verfolgen, es genügt, die Ansicht des Verfs. zurückzuweisen, als sei ihre „Sonderung" unmittelbar und überall aus der Verschiedenheit des Berufs hervorgegangen, als habe diese Verschiedenheit in ihnen mit rechtlicher

11) Wenn man in der spätern Zeit gewöhnt wurde, den Adel und den Bauernstand als die nach verschiedenen Richtungen hin besonders qualificirten Stände zu betrachten, dem Bürgerstand aber alle diesen Ständen nicht Angehörenden zuzuweisen, so ist dieß für das Mittelalter entschieden irrig. Adel und Bürgerstand sind es vielmehr, die sich als besondere Stände ausbilden. Was nicht in einen dieser Stände gelangen konnte, blieb in den alten Verhältnissen. Derselbe Grund aber, welcher die Einzelnen an dieser Erhebung verhinderte, ließ die Mehrzahl derselben, auch wenn sie vorher unabhängig waren, den andern Ständen, namentlich dem Adel, dienstpflichtig werden. Wo deßwegen die andern Stände, namentlich der Adel, sich nicht ausbilden, da bildet sich auch kein Bauernstand, und auch da, wo der Adel sich ausbildet, gehört der Einzelne, dem es gelingt, sich in der alten Unabhängigkeit zu erhalten, nicht zum Bauernstand im rechtlichen Sinn. Die Eintheilung in die drei Stände ist auch keineswegs begrifflich eine umfassende, die nichtberechtigten Städtebewohner, und dieser waren ursprünglich viele, stehen ebenfalls außerhalb dieser Eintheilung.

Bedeutung bestanden und als sei aus dem Beruf der Inhalt der Rechtsfähigkeit abzuleiten. Nur noch ein Paar Worte über die Beispiele des Verfs. Wenn der Städtebürger nicht berechtigt war, adeliche Güter und Bauerhufen zu erwerben, so kann das nach dem Verf. nur darin seinen Grund haben, daß er sich nicht auf Landwirthschaft und die Kiegsdienste, zu welchen der Besitz des adelichen Gutes verpflichtete, verstand. Wenn nun aber ein junger Städtebürger mit allem Fleiß die Landwirthschaft erlernt und übt, wenn der Patriciersohn in den Fehden seiner Stadt in ritterlicher Rüstung kämpfen gelernt hat — warum blieben sie dann immer noch unfähig? Wenn der Ritterbürtige ein Gewerb erlernt, warum kann er doch nicht bürgerliche Nahrung treiben, warum kann er nicht der Ehren eines Patriciers theilhaftig werden, mit dem er doch gleichen Beruf übt? Warum aber ferner ist der Bauer so häufig von der Erwerbung eines Bauerguts in einem andern Territorium ausgeschlossen, der Bürger einer andern Stadt nicht znm Betreiben von bürgerlichen Geschäften zugelassen [12])? Hier ist doch ein völlig gleicher Beruf vorhanden? [13]). Der Verf. kann diese Fragen nicht beantworten. Die Beantwortung liegt darin, daß sich in Deutschland verschiedene Rechtskreise gebildet haben, deren Bildung keineswegs auf ein und dasselbe Princip zurückgeführt werden kann und daß sich innerhalb derselben überall eine verschiedene Rechtsfähigkeit ausgebildet hat, resp. daß die Rechtsfähigkeit des Ein-

---

12) Mitunter war und ist der Auswärtige unfähig, Grundbesitz zu erwerben. Der von dem Verf. S. 140 angeführte Retract enthält nur das minus dieses Satzes. Auch gegen den fremden Stadtbürger findet er statt, und selbst dann, wenn er Bürger der Stadt, in welcher er sich ankauft, werden zu wollen erklärt.

13) Wie mag der Verf. wol die rechtliche Verschiedenheit innerhalb des Adels erklären, warum hatte der alte Adel größere Rechte, als der neue?

zelnen dadurch, daß er einem solchen Rechtskreis angehörte, innerhalb desselben vermehrt wurde. Das letzte Beispiel von der auf politischer Befähigung beruhenden öffentlich rechtlichen Competenz der Zünfte und des landsässigen Adels ist oben (S. 88) wörtlich angeführt. Jede Bemerkung dazu ist überflüssig.

Diese Bildung verschiedener Rechtskreise ist aber keineswegs etwas specifisch Germanisches, wol jedes Volk kennt dieselbe in irgend einer Stufe seiner Entwickelung. Auch das alte Rom kannte sie. Rom war aber so glücklich, sie zu überwinden und damit hatte es die Möglichkeit erlangt, sein Recht in so glänzender Weise auszubilden. Die gentes will ich hier wegen der geringen Kenntniß, die wir von ihnen haben, auf sich beruhen lassen, ebenso die verschiedenen rein nationellen Rechtskreise der ältesten Zeit, aber die Patricier und Plebejer dürften doch wol zu berücksichtigen sein. Die Naivität, mit welcher der Verf. alles mit seinen Principien nicht zu Vereinigende bei Seite schiebt, tritt hier eclatant hervor. „Das Vorhandensein dieser Stände mit verschiedenen Rechten ist eine auf besonderen historischen Gründen beruhende Anomalie." „Daher verschwand dann dieser auf keiner innern Nothwendigkeit beruhende Unterschied bei der Entwickelung des römischen Lebens auch in demselben Maße, in welchem die äußeren Verhältnisse der Plebs gestatteten, auf seine Beseitigung zu dringen" (S. 138). Soll diese historische Thatsache des Siegs der Plebejer etwa gar als Argument für das Unberechtigtsein des Unterschieds dienen? — dann ist die französische Revolution, in welcher die äußern Verhältnisse dem Volk gestatteten, die Standesunterschiede zu beseitigen, ein Argument von gleicher Stärke. Doch ich will keine vielleicht irrige Unterstellungen machen und annehmen, der Verf. habe die Begründung seines Satzes auf die Behandlung des öffentlichen

Rechts verspart. Wie aber, frage ich, ist es möglich, daß die gesammte Verfassung eines Volks von seiner Entstehung an Jahrhunderte durch auf einer Anomalie beruhen konnte? Nach der Veränderung der Verfassung mochte der Masse des römischen Volks, früher schon mochte der Plebs, zu allen Zeiten mag dem Philosophen, der die Rechtsgleichheit der Staatsbürger als Axiom aufstellt, die altrömische Verfassung als anomal erscheinen, denn für diese ist der Zustand, in dem sie leben, der Zustand, den sie erstreben, der Zustand, den sie a priori für wahr erkannt, der dem *νόμος* gemäße, aber ist dieß ein Beweis für das wirkliche Vorhandensein der Anomalie? Sieht nicht die Democratie heut zu Tage, sahen nicht die aufständischen Bauern in der Rechtsverschiedenheit der Stände eine Anomalie, beschränkt der a priori construirende Philosoph das Princip der Rechtsgleichheit auf die Römer? Nach der Darstellung des Verfs. sollte man glauben, die beiden Stände hätten von Anfang an nichts eifriger gewünscht, als die von ihnen für sittlich nothwendig erkannte Rechtsgleichheit realisiren zu können und nur die äußern Umstände hätten es ihnen nicht gestattet [14].

Rom hat sich, wie schon oben bemerkt, im Innern in ähnlicher Weise wie die deutschen Städte entwickelt. Mag man die Stellung der Patricier und Plebejer zu einander erklären, wie man will, die Aehnlichkeit in Betreff der Rechtsfähigkeit und deren Ausbildung mit den verschiedenen Classen der deutschen Städtebewohner bleibt immer vorhanden. Hier

14) „Wenn es in Rom verschiedene Stände mit verschiedenen politischen Rechten gab, so muß dieß eben so wie das Königthum als eine auf besonderen historischen Gründen beruhende Anomalie und als das Resultat der damaligen äußeren Lage Roms betrachtet werden, welche den Römern nicht gestattete, die Consequenzen ihres Freiheitsbegriffs auf dem Gebiet des öffentlichen Lebens zu entwickeln" (S. 138).

wie dort führten gleiche Ursachen unter Anwendung gleicher Mittel zu gleichem Resultat — Rechtsgleichheit der Stadtbewohner. Eine Rechtsgleichheit der Reichsangehörigen war aber damit keineswegs gegeben, vielmehr standen dem vollberechtigten Stadtbürger die minder berechtigten Glieder der unterworfenen Völker gegenüber [15]). Erst mit der Ausdehnung des Stadtbürgerrechts auf alle Reichsangehörigen war eine allgemeine Rechtsgleichheit vorhanden.

Es ist oben (§. 8) ausgeführt worden, wie durch den Umstand, daß im römischen Reich die Macht von der Stadt ausging, die Staatsidee vom Anfang an volle Realisirung erhalten und eine Vielheit der Rechtsbildung nicht aufkommen konnte. Damit war aber auch das in Deutschland lediglich durch das Nichthervortreten der Staatsidee möglich gemachte und aus der Vielheit der Rechtsbildung resultirende Zerfallen in Stände (ebenso wie in Localrechtskreise) für Rom unmöglich gemacht. Dem Einen Rechtskreis entsprach die Eine Rechtsfähigkeit. Erst in der spätern Kaiserzeit trat in Betreff barbarischer Völkerstämme, die in dem Reiche angesiedelt wurden, ein ähnliches Verhältniß ein, wie in den frühern Zeiten der Republik; es wurde eine von der des römischen Bürgers verschiedene Rechtsfähigkeit anerkannt. Früher schon hatten die Umstände es geboten, einzelnen Classen von Personen ihre Rechtsfähigkeit zu erweitern oder zu beschränken, und durch häufige derartige Operationen war im Reiche allmälig factisch eine Rechtsungleichheit entstanden, wie sie nur irgend wann im germanischen Mittelalter bestand, aber die Einheit des Rechtskreises blieb und die Einheit der Rechtsbildung wurde nicht zerrissen. Diese Minderungen und Mehrungen erschienen als Ausnahme vom Princip, als Privilegien [16]). Daß aber diese

---

15) S. oben S. 56.

16) Auch auf diese Privilegien läßt sich das von dem Verf. dem

Auffassung möglich war, darin zeigt sich der hohe Werth einer fortdauernden wissenschaftlichen Pflege des Rechts. Noch die letzten uns unmittelbar interessirenden wissenschaftlichen Bearbeitungen des Rechts, die justinianischen Rechtsbücher und Gesetzsammlungen sind von der Art, daß man lediglich einzelne Privilegien zu ignoriren braucht, um nur allgemein gültige Sätze vor Augen zu haben[17]). Dieß aber ermöglichte und erleichterte gerade die Aufnahme des römischen Rechts.

§. 12.

Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Grundsätze über Rechtsverlust und Rechtsminderung.

Nach römischer Anschauung wurde nach dem Verf. das Recht nur verloren durch den Willen des Berechtigten und durch vis major. Die Art und Weise des Gebrauchs hat auf den Bestand des Rechts keinen Einfluß und namentlich hat Mißbrauch des Rechts keinen Rechtsverlust zur Folge.

---

germanischen Recht zugeschriebene Princip mit Leichtigkeit anwenden. Den Staatsbeamten und Soldaten war die Ausübung bürgerlicher Gewerbe entzogen, weil ihr Betrieb außerhalb ihres Berufs lag; ganzen Classen von Handwerkern war jede andere Beschäftigung untersagt, weil dieselbe sie ihrem Berufe entfremdet hätte; dem Sohn des Veteranen war das Waffenhandwerk Beruf, der Colon durfte nicht von der Scholle weichen, weil deren Bebauung und nichts Anderes sein Beruf war. Die Beschränkung der Senatoren hinsichtlich der Personen, mit welchen sie eine Ehe eingehen konnten, und alle die unzähligen vortheilhaften und nachtheiligen Privilegien der Decurionen, der Possessoren, der Augustalen lassen eine ähnliche Erklärung zu.

17) Die justinianischen Rechtssammlungen erleichtern dieß noch dadurch, daß sie keineswegs alle die vorhandenen Sonderrechte enthalten, in ihnen vielmehr ein Streben nach dem Allgemeinen vorhanden ist. Wie dürftig sind die Quellen z. B. in Betreff des Colonats und der verschiedenen Corporationen, deren Existenz selbst uns vielfach nur aus Inschriften bekannt geworden ist.

Nach der germanischen Ansicht dagegen muß das Recht aufhören, wenn der höhere sittliche Zweck desselben aufhört oder wenigstens durch den Berechtigten nicht weiter erfüllt werden kann oder erfüllt wird.

Das Aufhören des Rechts bei Aufhören des sittlichen Zwecks wird nicht weiter ausgeführt, sondern nur ein Beispiel dafür angeführt, die väterliche Gewalt, welche im Gegensatz zum römischen Recht nicht erst mit dem Tode des Vaters, sondern schon bei dessen Lebzeiten mit dem Aufhören ihres Zwecks ihre Endschaft erreicht.

Die Untersuchung über den Zweck eines Rechtssatzes oder Instituts ist immer sehr bedenklich, wenn man sich dabei nicht lediglich an die positiven Voraussetzungen des Rechtssatzes oder Instituts hält. Es ist daher einfacher und sicherer, nur diese Voraussetzungen in's Auge zu fassen und den aufgestellten Satz so zu formuliren: Jedes Recht hört auf, wenn seine Voraussetzungen aufhören. So gefaßt muß aber der Satz unzweifelhaft in jedem Recht gelten, und namentlich gilt er auch im römischen Recht. Hört die Voraussetzung der physischen oder rechtlichen Existenz der unterworfenen Sache auf, so muß das dingliche Recht aufhören, erlischt die principale Forderung, so hört das Pfandrecht auf. Mit der Impubertät hört die Tutel auf im römischen wie im altgermanischen Recht. Die Würdigung des angeführten Beispiels siehe unten §. 21.

Der zweite Satz ist, daß nach germanischer Anschauung das Recht aufhört, wenn der höhere sittliche Zweck nicht mehr durch den Berechtigten erfüllt wird. Der Verf. hätte sich, um diesen Satz durchzuführen, lediglich auf Anführung von Fällen beschränken müssen, in welchen einfach nicht gehandelt wird oder doch in geringerem Umfang, als zur Erreichung des sittlichen Zwecks nothwendig war. Hierfür bringt er jedoch nur

drei Belege: die Verjährung von Jahr und Tag, den Verlust des Rechts auf die Grube durch nicht gehöriges Bebauen und die Pflicht zur Abtretung eines nicht vom Besitzer selbst benutzten städtischen Hausplatzes. Diese Sätze beruhen aber nicht nur auf ganz andern Rücksichten, sondern es können ihnen auch entsprechende römische Rechtssätze entgegengestellt werden: die römische Klagverjährung, der Verlust der servitus durch non usus und die Rechtssätze über den ager desertus. Der Verf. beschränkt sich aber nicht hierauf, sondern bringt auch noch eine Reihe von Fällen bei, in welchen ein Recht durch Mißbrauch verloren wird und geht dadurch weit über sein Beweisthema hinaus. Mißbrauch eines Rechts ist nicht Nichtgebrauch desselben und also, um mit dem Verf. zu sprechen, nicht Nichterfüllung des höheren sittlichen Zwecks, sondern Mißbrauch ist ein widerrechtliches Handeln, dessen factische Voraussetzung (z. B. also das rechtliche Innehaben einer Sache) ein rechtliches Verhältniß ist. Neben dem negativen Moment, dem Nichterfüllen des höheren sittlichen Zwecks, ist noch das positive Moment des Begehens widerrechtlicher Handlungen im Mißbrauch enthalten, und dieses letztere Moment ist es auch gerade, welches die rechtlichen Nachtheile des Mißbrauchs herbeiführt. Daß diese Nachtheile aber im Verlust des Rechts selbst bestehen, ist entweder aus Utilitätsrücksichten festgesetzt, um die Wiederholung von dergleichen Handlungen durch die Entfernung ihrer Voraussetzung unmöglich zu machen, oder um dem Verletzten dadurch eine Entschädigung zu gewähren, oder weil durch die Begehung der widerrechtlichen Handlungen den Handelnden selbst ein solcher Makel trifft, durch welchen die nothwendige Voraussetzung seines Rechts aufgehoben wird. Die erste und besonders die zweite Rücksicht wird namentlich dann stattfinden, wenn der ein jus in re aliena Habende mit der Sache widerrechtliche

Handlungen vornimmt. Hierher gehört der Fall des Verlustes des Lehnguts durch Deterioration desselben, der Abmeierung und der eclatante, vom Verf. nicht erwähnte Fall des Verlustes der Leibzucht nach Sachsensp. I, 21 §. 2. Das römische Recht wahrte hier das Interesse des Eigenthümers durch Bestellung von Cautionen. Daß nach deutschem Recht der Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe wegen Mißbrauchs verliert, findet sich nirgends anerkannt, wenn man nicht etwa den Satz hierher ziehen will, daß bei widerrechtlicher Veräußerung ohne Consens der Erben diese das Gut vindiciren und behalten; diesem ließe sich die römische Prodigalitätserklärung gegenüberstellen. Aus der dritten Rücksicht stammt der Satz von dem Ausstoßen aus der Zunft wegen betrügerischen Gewerbsbetriebes und der Verlust des Lehns wegen Felonie im Allgemeinen und Quasifelonie. Als Verwirken des Rechts wegen Mißbrauchs lassen sich die Sätze nicht auffassen, da der Verlust des Rechts in gleicher Weise auch in Folge beliebiger anderer mit diesen Rechtsverhältnissen nicht in Zusammenhang stehender Handlungen eintritt. Dieselbe Rücksicht findet sich aber auch im römischen Recht wirksam in einigen Indignitätsfällen. Die andern Fälle, welche der Verf. anführt, enthalten gar nicht einmal einen Mißbrauch, sondern nur ein selbstständiges, mit einer besondern Strafe belastetes Verbrechen. Nicht der Mißbrauch des Rechts am Jagdgewehr ist es, welcher den Verlust desselben herbeiführt, sondern der Wildfrevel. (Von einem Mißbrauch des Rechts könnte schon darum nicht gesprochen werden, weil der Mißbrauch, diesen angenommen, lediglich ein Mißbrauch der Sache, ohne Bezug auf das Recht an ihr wäre.) In Bezug auf die Bestrafung des Meineids durch Abhauen der rechten Hand oder der drei Finger derselben wird der Verf. doch wol kaum im Ernst behaupten wollen, daß man ein Recht an seiner eignen

Hand habe und wegen Mißbrauchs desselben durch Leistung des Meineids dieß Recht verwirke. Strafen, die in dem Verlust eines Rechts bestehen, mit Bezug auf welches eine rechtswidrige Handlung vorgenommen worden ist, kennt aber das römische Recht verschiedene (decretum D. Marci, Verlust der an einen potentior cedirten Forderung u. s. w.). Durch Mißbrauch geht das auf kaiserlichen Privilegien beruhende Recht verloren.

Die dritte Behauptung des Verfs. geht dahin, daß das Recht aufhöre, wenn der Berechtigte zum rechten Gebrauche desselben unfähig sei. Schlagend ist dieser Satz, namentlich nach der Auffassungsweise des Verfs., widerlegt in dem Rechtssatz, daß der Vasall durch das Erleiden eines körperlichen Mangels, der, wenn er früher vorhanden gewesen, ihm die Erwerbung des Lehns unmöglich gemacht haben würde, doch das schon erworbene Lehn nicht verliert[1]). Aber hier hilft sich der Verf. mit einer feinen Distinction. Einmal unterscheidet er zwischen moralischer und physischer Unfähigkeit und dann innerhalb letzterer zwischen Unfähigkeit durch Krankheit und Unglücksfälle und Unfähigkeit durch jugendliches und Greisenalter. „Krankheit und Unglücksfälle sind Schickungen Gottes; der durch sie Betroffene wird gewissermaßen von Gott selbst seiner Pflichten entbunden und daher" der angeführte Rechtssatz. „Anders aber im letzten Fall. Wer zu jung ist, die auf dem Rechte ruhenden Verpflichtungen zu erfüllen, der hat wol Anspruch darauf, daß ihm die Rechte bis zum Zeitpunkt conservirt werden, wo er zu deren Verwaltung fähig wird, und daß er einstweilen aus den Aufkäufen ernährt und erzogen wird; allein er kann nicht beanspruchen, daß ein Anderer für ihn die Pflichten erfüllt und er den Nutzen davon

1) Sachsensp. I, 4.

zieht." Daher Interimswirthschaft und tutela fructuaria. „Ebenso muß derjenige, der zu alt dazu ist, sich sittlich verpflichtet fühlen, mit der Last auch die Lust an seinen Nachfolger abzutreten und sich mit einem angemessenen Unterhalt zu begnügen." „Auf diesen Gedanken beruht das Institut der Leibzucht."

Aus der Begründung des Verfs. selbst ergibt sich hier die Frage: Wenn Krankheit und Unglücksfälle eine Schickung Gottes sind, was ist denn das Alter? Wenn der vielleicht durch eigne Schuld Beschädigte von Gott seiner Pflichten entbunden wird, aber seine Rechte behält, warum nicht auch der in Ehren und Verdiensten alt Gewordene? Wenn dieser sich sittlich verpflichtet fühlen muß, mit der Last die Lust abzutreten, warum jener nicht auch? Nach der Argumentation des Verfs. sind ferner die Pflichten das Primäre, die Rechte das Secundäre — dadurch also, daß Gott von den Pflichten entbindet, hören die Rechte zu gleicher Zeit auf. — Aber verlassen wir die Argumentationsweise des Verfs. und fragen wir, ob denn die aufgeführten Beispiele irgend etwas für den an die Spitze gestellten Satz beweisen. Die tutela fructuaria wird unten ihre Besprechung finden [2]). Die Institute der Interimswirthschaft und Gutsabtretung lassen nur erkennen, daß die Besonderheit der bäuerlichen Verhältnisse es wünschenswerth erscheinen lassen, daß ein kräftiger, im eigenen Interesse handelnder Mann an der Spitze der Verwaltung des Guts steht, und daß diese Rücksicht in manchen Gegenden so stark hervorgetreten ist, daß sie zur Ausbildung einer Reihe von Rechtssätzen geführt hat, welche die durch die Interimswirthschaft und die Gutsabtretung hervorgebrachten Verhältnisse regeln. Von einer **Verpflichtung zur Gutsab-**

2) §. 21.

tretung, um welche es sich hier allein nur handeln würde, kann aber nirgends die Rede sein, als wo Abhängigkeitsverhältnisse oder jura in re aliena vorhanden sind. In andern als den bäuerlichen Kreisen ist die Pflicht zur Abtretung nie vorhanden, ja das Institut in anderer Richtung sogar gar nicht ausgebildet. Der Verf. gibt das auch zu, erklärt es aber in folgender Weise: Die sittliche Verpflichtung zur Abtretung bestehe zwar auch in andern „Berufsständen," allein es widerspreche der schuldigen Pietät, wenn der Sohn oder Erbe den Vater oder Verwandten zur Abtretung drängen wollte, „und diese Rücksicht, welche beim Gutsherrn natürlich wegfalle, stehe hier der Erhebung jener sittlichen Pflicht zur Rechtspflicht entgegen." Der Verf. ist hier selbst gezwungen gewesen, den wahren Grund der Pflicht anzuerkennen: das Interesse des Gutsherrn.

Auch die bekannten Kraftproben führt der Verf. hier an. In Betreff derselben müßte man freilich hier so argumentiren: Der Eigenthümer fahrender Habe kann über dieselbe nur dann zum Nachtheil seiner Erben disponiren, also nach dem Verf. eine unsittliche Handlung vornehmen, wenn er beweist, daß er im Stande ist, sein Recht dem höheren sittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen. Was über den Fruchterwerb gesagt ist[3]), kann gar nicht hierher gezogen werden.

§. 13.
Sonstiger Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Gestalt des Rechtssystems.

Unter dieser unbestimmten Ueberschrift gibt der Paragraph eine Ausführung über das Verhältniß der Rechte und der Pflichten. Nach der römischen Ansicht seien die Einzelrechte,

---

3) Schmidt, S. 145 Note 5.

weil durch die physische Herrschaft entstanden, früher vorhanden, als die zu ihrer Sicherung und Realisirung hinzugekommene, im Staate geltende Rechtsordnung. Außerhalb des Staats seien nun aber die Menschen absolut pflichtlos. Sie könnten allein Rechte erwerben, diesen entsprächen zwar Pflichten, letztere seien aber keine selbstständigen Begriffe, sondern Producte und natürliche Consequenzen der Rechte und lägen nicht in der Person des Verpflichteten, sondern in dem Willen und der Kraft des Berechtigten, das ganze Rechtssystem sei daher nur ein System der durch ihre Coexistenz sich gegenseitig beschränkenden Einzelrechte. Hieraus werden folgende Sätze abgeleitet:

1) Jedes Rechtsverhältniß fällt für die Betrachtung der Römer lediglich unter den Gesichtspunct eines einem bestimmten Rechtssubject zustehenden Rechts.

2) Den Römern sind nur diejenigen Rechtsverhältnisse construirbar, welche unter den Gesichtspunct eines aus dem Willen des Berechtigten originirenden Rechts gebracht werden.

3) Unconstruirbar sind ihnen ferner alle Rechtsverhältnisse, bei denen mit dem Recht eine Pflicht verbunden ist und diese als auf jenem ruhend angesehen werden müßte.

4) Alle auf einen sittlichen Zweck gerichteten Verhältnisse und Verträge sind von dem Gebiete des Rechts ausgeschieden. „Um den Character eines Rechts anzunehmen, muß der Wille des Einzelnen auf einen vermögensrechtlichen Gegenstand gerichtet sein, oder eine vermögensrechtliche Schätzung — eine pecuniaria condemnatio — zulassen."

Nach der germanischen Ansicht sei im Gegentheil die Rechtsordnung das Primäre, die Einzelrechte entsprängen erst aus ihr und seien das zu ihrer Realisirung dienende Mittel. Aus der Rechtsordnung entsprängen aber auch, und zwar zunächst, Pflichten und durch die Einzelrechte solle nur die freie

Erfüllung jener Pflichten gesichert werden. Dadurch werde ein wirkliches Familienrecht und die ungezwungene Entwickelung des Erbrechts, die persönlich-dinglichen Rechtsverhältnisse und auf Realisirung sittlicher Zwecke gerichteten Verträge — überhaupt im Gebiete des öffentlichen und Privatrechts eine sittliche Organisation der Gesammtheit möglich gemacht.

Der Satz, von dem ausgegangen wird, ist irrig in seiner Allgemeinheit. Das römische Recht kennt allerdings selbstständige Rechtspflichten in dem Sinne des Verfs., die entweder überhaupt nicht einem Recht oder doch nicht einem durch den Willen des Berechtigten entstehenden Recht entsprechen. Daß die Erfüllung derselben nicht immer durch Klage erzwungen werden kann, ist hierbei gleichgültig; das Geben der Klage ist ja nur eine Art der Manifestation der rechtlichen Anerkennung, wenn auch die wirksamste. Das römische Recht hilft hier in manchen Fällen indirect durch Rückforderung, Uebertragung des Rechts auf einen Andern, Verpflichtung zur Cautionsbestellung. Fälle derartiger Pflichten sind: die Pflicht zur Uebernahme eines Staatsamts und einer Vormundschaft, Kriegsdienstpflicht, Alimentationspflicht der Aeltern und der Kinder und des Herrn des Sclaven, die unter dem Präjudiz der Indignität dem Erben oder Legatar aufgelegte Verpflichtung zur ultio necis, zur Verpflegung des geisteskranken Erblassers u. s. w., die Pflicht zur Dankbarkeit gegen den Schenker, zur Erfüllung des Modus, zur Constituirung (nicht bloß zur Duldung) eines Wegs zum Grab, zur Leistung der cautio damni infecti, zur Aufnahme der aqua profluens, die obligationes ex delicto und namentlich die qualificirte Vertretungspflicht der schädlichen Handlungen der Sclaven und Thiere, die Pflichten aus dem Miteigenthum u. s. w. u. s. w. Die Unmöglichkeit, ein facere zum Inhalt einer dinglichen

Verpflichtung zu machen, ist allerdings anzuerkennen, aber sie beweist nichts für den von dem Verf. aufgestellten Satz[1]. Man könnte dieß damit begründen wollen, daß eine derartige Verbindung sich bei einer strengen Fassung des Eigenthumsbegriffs überhaupt gar nicht denken lasse; dieß wäre aber eine petitio principii. Gesetzt aber auch, diese Möglichkeit wäre vorhanden, so ist damit doch nicht anerkannt, daß die s. g. dingliche Verbindung einer Pflicht mit dem Eigenthum, wie sie bei den deutschen Reallasten behauptet wird, und zur Zeit der Geltung des rohen Begriffs der Gewere mit dieser vorkam[2], die allein mögliche sei, und in der That findet sich eine andere Art der Verbindung in dem römischen Recht wirklich vor. Sie ist anerkannt in der so fein ausgebildeten Lehre von der causa und den Condictionen, besonders der condictio ob causam datorum. Die Realisirung der die Eigenthumsübertragung hervorrufenden resp. dieselbe begleitenden Absicht — der causa — bedingt den rechtlichen Fortbestand des Eigenthums in der Art, daß dasselbe bei Nichterfüllung auf Verlangen zurückgegeben werden muß, und zwar einerlei, ob die Erfüllung dieser Absicht den Vortheil des zurückfordernden Tradenten bezweckt hätte oder nicht. Vor der actio praescriptis verbis oder, wenn man deren spätere Einführung nicht gelten lassen will, abgesehen von ihr (ein solches Absehen ist jedenfalls dann zu rechtfertigen, wo dieselbe wegen mangelnden Interesses nicht stattfand) erkennt das römische Recht also bei einer traditio ob causam Pflichten an, welche einem Recht des Auflegenden keineswegs immer direct entsprechen und als selbstständige, aus dem Innehaben der tradirten Sache hervorgehende angesehen werden müssen.

---

1) Ueber den sittlichen Grund, aus welchem das römische Recht derartige dauernde Obligationen nicht begünstigt, s. §. 28.

2) Vergl. §. 28.

Wenn nun aber somit die Anerkennung s. g. selbstständiger Pflichten im römischen Recht und damit das Princip, auf welches der ganze Paragraph gebaut ist, widerlegt, namentlich aber die unter Nr. 3 gegebene Ausführung als nichts beweisend dargethan ist, so fallen die übrigen Behauptungen des Verfs. unter 1., 2. und 4. als irrig oder als unerheblich, weil nicht hierher gehörig [3]), von selbst weg. Daraus aber folgt noch keineswegs, daß die als germanisch aufgestellte Anschauungsweise auch für das römische Recht gelte. Diese ist auch im germanischen Recht nicht begründet und kann überhaupt keinem Recht zu Grunde liegen.

So unumstößlich richtig es ist, daß der Handel ein Träger der Cultur ist, und daß durch Verbesserung der Landwirthschaft und Steigerung der Industrie das Nationalvermögen vermehrt wird, so wenig wird es Jemanden in den Sinn kommen, anzunehmen, daß der einzelne Kaufmann sich deßwegen etablire und nach uncultivirten Gegenden hin in der Absicht Handel treibe, um Cultur zu verbreiten, daß der einzelne Landwirth deßwegen Wiesenwässerung und Stallfütterung einführe, der Spinner deßwegen ein neues Spulensystem herstelle, um das Nationalvermögen zu vergrößern. Dieser Effect wird durch das Streben der Einzelnen, ihren Vortheil zu erreichen, hervorgebracht und der Umstand, daß die Ausbreitung der Cultur und die Vermehrung des Nationalvermögens einer höheren Auffassung nicht bloß als zufällige Folge der Thätigkeit der

3) Auf den wahren Grund der aus den aufgestellten Principien begründeten Rechtssätze ist an den betreffenden Orten, wo dieß nicht bereits geschehen, einzugehen. Im Allgemeinen ist hier nur noch anzuführen, daß eine Anzahl von Pflichten, welche man oft als Rechtspflichten auffaßt, diesen Character auch im germanischen Recht nicht haben, weil sie ihn nicht haben können. Meist ist nur eine modificirte staatliche Realisirung oder eine Realisirung nach einer Richtung hin möglich, und nur insoweit sind sie Rechtspflichten.

Einzelnen erscheint, sondern diese als Mittel zu jenem sich darstellt, verändert die Natur des Strebens der Einzelnen, auch wenn sie selbst diese höhere Auffassung haben, der Regel nach nicht. Sache des Staats ist es aber von dem Moment an, wo bei einer höheren Cultur diese höhere Tendenz der Thätigkeiten der Einzelnen erkannt wird, bei der Berücksichtigung der Industrie, Landwirthschaft u. s. w. von dieser Auffassung auszugehen.

Dasselbe gilt für das Recht. Der Einzelne hat bei der Rechtsübung nur das Einzelrecht, um dessen Realisirung es sich handelt, im Auge; daß er dadurch zu gleicher Zeit an der Realisirung der allgemeinen Rechtsordnung Theil nimmt, kömmt ihm der Regel nach [4]) nicht in den Sinn, und die Art und Weise der Rechtsverfolgung ist in der entsprechenden Weise durch das Recht geordnet. Aber auch die Gesammtheit des Volks, wo sie unbewußt Recht schafft, oder der Staat auf einer niedern Culturstufe, wo er durch bestimmte Organe bewußt in derselben Richtung handelt, oder wo er Recht spricht, hat lediglich die Einzelrechte im Auge, welche zu fixiren und zu realisiren sind. Daher Nichtsonderung des Privat-, Criminal- und Staatsrechts, daher unbedingter Anklageproceß. Auch bei dem Beginn der Loslösung des Criminal- und des

4) Es kömmt allerdings vor, daß der Einzelne ein Recht geltend macht, obgleich der Vortheil, welchen er daraus zieht, nicht im Verhältniß zu dem durch die Geltendmachung verursachten Nachtheil steht, in der Absicht, daß der das Recht Verletzende von weiteren Rechtsverletzungen zurückgeschreckt, Andere zur Geltendmachung ihrer Rechte ermuthigt werden. In einem solchen Fall kann man allerdings sagen, daß die Absicht auf die Realisirung der Rechtsordnung primär gerichtet und die Verfolgung des Einzelrechts nur das Mittel dazu ist; — aber zweifelt wol Jemand, daß ein solches Handeln als ausnahmsweises characterisirt werden muß, und kann man etwa nur für den Germanen die Möglichkeit einer solchen Handlungsweise annehmen?

Staatsrechts wird von demselben Princip ausgegangen. Der Staat verfolgt diejenigen Verbrechen und spricht öffentliche Strafen für sie aus, welche directe Angriffe gegen seine Persönlichkeit, also Verletzungen seines Einzelrechts enthalten — Friedensbruch. Dieser Begriff wird erweitert und man gelangt allmälig dahin, daß der Staat alle Verbrechen verfolgt und bestraft; denn er hat erkannt, daß er die Rechtsordnung selbst zu realisiren, nicht nur die Einzelrechte zu schützen habe. In ähnlicher Weise entwickelt sich das Staatsrecht, welches lange unter der Form von Einzelrechten sich darstellt [5]). Das Privatrecht behält in Betreff seiner Ausübung den alten Charakter, nur selten greift der Staat in der Absicht, die Rechtsordnung zu realisiren, ein, aber für die Gesetzgebung wird diese letztere Rücksicht auch hier maßgebend sein und ist es auch bei den Römern gewesen. Die Art und Weise der Realisirung des Privatrechts bringt es jedoch mit sich, daß immer zunächst Rechte festgestellt werden müssen, aus welchen die entsprechenden Pflichten hervorgehen, die selbstständigen Pflichten aber eine untergeordnete Bedeutung haben.

Daß der angegebene Entwickelungsgang sich auch im germanischen Recht, ja sogar in diesem gerade besonders deutlich vorfinde, wird man wol nicht in Abrede zu stellen vermögen. Das römische Volk war in vielen Beziehungen schon früher zur Anerkennung der allgemeinen Rechtsordnung gekommen.

§. 14.

Verhältniß der Einzelrechte zum Staat.

Dieser Paragraph schließt sich eng an den §. 4 des Verfs.,

---

5) In neuster Zeit ist mit Glück versucht worden, diese Art der Erscheinung des Staatsrechts, als besondere Garantien darbietend, auch unserer Zeit zu empfehlen.

„Stellung des Volks zum Recht,“ an, als dessen Ausführung nach einer Richtung hin er erscheint.

Da nach römischer Anschauung, so argumentirt der Verf., die Einzelrechte vor dem Staat nur durch die physische Kraft des Besitzers geschützt sind, im Staat aber den Character der Unverletzlichkeit nur durch den sie schützenden Gesammtwillen erhalten, so existirt diese Unverletzlichkeit für das Volk selbst, aus dessen Willen sie entsprungen ist, nicht, und das Volk und ebenso der mit der Machtvollkommenheit des Volks bekleidete Inhaber der Staatsgewalt „ist rechtlich befugt, bestehende Einzelrechte aufzuheben. Der Begriff „wohlerworbene Rechte,“ welche auch der Staat als solche zu respectiren verpflichtet wäre, ist den Römern vollkommen fremd, und daher kann auch von Garantien, welche das germanische Recht zum Schutze derselben geschaffen hat, im römischen Recht nicht die Rede sein. Weil das Volk die Quelle des Rechts ist, so ist auch Alles, was es beschließt, Recht.“ „Die Aufhebung der Einzelrechte durch einen Act der Staatsgewalt fällt daher für die römische Betrachtung consequent unter den Gesichtspunct eines durch vis major herbeigeführten Rechtsverlustes, eines casus.“

Da hingegen nach der germanischen Ansicht der Entstehungsgrund der Einzelrechte in der aus dem göttlichen Willen entsprungenen höheren Rechtsordnung liegt, so ist ihre Existenz vom Willen des Volks unabhängig. Jede willkürliche Verletzung eines wohlerworbenen Rechts involvirt zugleich eine Verletzung der höheren, von Gott stammenden sittlichen Ordnung und es kann dabei „natürlich“ keinen Unterschied machen, ob diese Verletzung von einem Einzelnen oder von dem Staat ausgeht. Jedes wohlerworbene Recht ist vermöge des dasselbe schützenden göttlichen Gebotes heilig und der Staat, dessen Aufgabe gerade ist, „das Recht zu stärken und das Unrecht

zu kränken," muß diese Heiligkeit nothwendig ebenso gut respectiren, als der Einzelne. Deßwegen sind die Einzelrechte von dem Willen der Staatsgewalt unabhängig und durch besondere Garantien gegen willkürliche Verletzungen durch diese geschützt.

Wie so oft, wird auch hier bei der Betrachtung des römischen und des germanischen Rechts von zwei ganz verschiedenen Richtungen ausgegangen. Zuerst wird die überall, wo ein Staat existirt, unbezweifelbare Thatsache hervorgehoben, daß es in der Macht des Staats steht, durch die von ihm festgesetzten Normen Einzelrechte aufzuheben. Diese Thatsache wird als Rechtssatz aufgestellt und dem römischen Recht zugewiesen. Dann wird der Satz, daß der Staat nicht willkürlich Rechte aufheben dürfe, welcher als staatlich nicht realisirbar der Sitte angehört, ebenfalls als Rechtssatz gefaßt und dem germanischen Recht vindicirt. Weil nun aber die Consequenzen dieser Rechtssätze zu einander entgegenstehenden Resultaten führen würden, thatsächlich jedoch eine verschiedene Behandlung der Einzelrechte unter der Herrschaft des römischen und der des germanischen Rechts nicht vorhanden ist, so wird eine zweite Operation nöthig, um diesen letzteren Umstand zu erklären.

In Rom soll es die sittliche Auffassung der Stellung der Staatsgewalt zu den Einzelrechten sein, welche, eine willkürliche Verletzung der Einzelrechte verwerfend, „das Volk zum sittlichen Gebrauch der ihm zustehenden Macht bestimmt."

Wenn nun die Behauptung einer solchen, der rechtlichen Ansicht zuwiderlaufenden sittlichen Anschauung an sich schon Bedenken für die Existenz der einen oder der andern erregen dürfte (denn es handelt sich nicht etwa um ein einzelnes Gesetz, sondern um die im Volke vorhandene Rechtsanschauung),

so muß es vollends als unfaßlich erscheinen, wenn in weiterer Ausführung der sittlichen Anschauung der Römer eine willkürliche Verletzung der Einzelrechte als dem Zweck des Staats (der gerade darin bestehe, die persönliche Freiheit der Einzelnen zu schützen) zuwiderlaufend dargestellt, endlich aber behauptet wird, daß gerade die auf das Subjectivitätsprincip gegründete Staatslehre eine solche Verletzung auf das Schärfste reprobiren müsse, und daß die strenge Achtung der Römer vor den bestehenden Rechten aus den Principien, auf welche ihr ganzes Leben gegründet war, hervorgegangen sei.

Wie eine dem Zwecke des Staats zuwiderlaufende rechtliche Anschauung sich bilden kann, wie aus einem und demselben Princip zwei einander zuwiderlaufende Consequenzen hervorgehen, wie eine Rechtsanschauung in einem Volke entstehen kann, welche mit seinen Lebensprinctpien [1]) in Widerspruch steht, bin ich nicht im Stande, mir zu erklären. Fragt man, welche Erklärung der Verf. gibt — er bleibt sie schuldig, nur dadurch, daß er die sittliche Anschauung in eine Utilitätsrücksicht übergehen läßt, wird es ihm möglich, ihr wieder die rechtliche Anschauung entgegenzustellen [2]).

---

1) Ueber die Inconsequenz, aus dem Subjectivitätsprincip allgemeine Lebensprincipien, also ein objectives Sittengesetz, hervorgehen zu lassen, vergl. oben S. 25.

2) Es erscheint angemessen, die Argumentation des Verfs. hier im Zusammenhange folgen zu lassen: „Daher liegt den römischen Juristen auch nichts ferner als die Frivolität, mit der heutiges Tages so oft über die Abhängigkeit der Einzelrechte vom Volkswillen reflectirt, und die Möglichkeit ihrer Aufhebung erörtert wird. Das Ausmalen dieses Abhängigkeitsverhältnisses und das behagliche Erörtern von Dingen, die das Volk zu thun zwar rechtlich befugt ist, die es aber factisch nicht thun kann, ohne zugleich die Grundlagen des Staatslebens zu zerstören, war auch bei den Römern mehr das Geschäft neuerungssüchtiger Demagogen als praktischer Juristen. Ein

Um das für das germanische Recht aufgestellte Princip der Unverletzbarkeit der Einzelrechte mit dem thatsächlich vorhanden gewesenen Rechtszustand in Einklang zu bringen, modificirt der Verf. dieses Princip durch ein anderes. „Wenn der höhere sittliche Zweck des Rechts durch dasselbe entweder überall nicht, oder nicht gehörig mehr erreicht werden kann, oder wenn dasselbe mit höheren Interessen collidirt, so muß

willkürliches Brechen bestehender Einzelrechte von Seiten des Staates muß grade die auf das Subjectivitätsprincip gegründete Staatslehre, wenn sie auch keine anderen Garantien dagegen zu schaffen vermag, als diejenige, welche im allgemeinen Stimmrechte liegt, auf das Schärfste reprobiren; und wenn daher die Römer, wenigstens in ihren besseren Zeiten, dieselbe strenge Achtung vor den bestehenden Rechten gehabt haben, welche jedes sittliche Volk vor denselben hegt, so beweist das eben nur, daß sie die sittliche Kraft gehabt haben, die Principien, auf welche ihr ganzes Leben gegründet war, auch praktisch durchzuführen. Vergessen dürfen wir dabei freilich auch nicht, daß die Verhältnisse, in denen das römische Volk lebte, wesentlich dazu beitrugen, diese Durchführung möglich zu machen. Um die Welt zu erobern, bedurfte es für sie des festesten Zusammenhaltens, und so lange einer Seits die Bedürfnisse und Reichthümer der einzelnen Römer nicht groß, und anderer Seits die Existenz des Staates durch mächtige Feinde bedroht war, auch die steten Kriege die Bevölkerung Roms fortwährend decimirten, so lange mußte auch das Bewußtsein von der Nothwendigkeit dieses Zusammenhaltens die Oberhand behalten, und so lange mußte es auch dem Proletariat einleuchtend sein, daß es vortheilhafter sei, sich durch Beute und Eroberung, als durch communistische Gesetze zu bereichern. Und daneben zeigen denn doch auch die schon in früher Zeit vorkommenden Agrar- und Zinsgesetze*), welche die Plebs durchsetzte, daß diese von dem Bewußtsein der durch wohlerworbene Rechte Einzelner nicht beschränkten Omnipotenz des römischen Volkes vollkommen durchdrungen war." S. 154 155.

*) Daß namentlich die altrömischen Zinsgesetze nicht aus dem Grunde der Unsittlichkeit des Wuchers erlassen wurden, sondern daß die tief verschuldete Plebs, — freilich durch die Habsucht und Hartherzigkeit der Patricier dazu getrieben, — dieselben lediglich als Mittel zur Erleichterung ihrer Schuldenlast durchsetzte, ergiebt sich aus Livius zur Genüge. Daher bezeichneten die Patricier dieselben ebenso wie die Agrargesetze auch gradezu als einen Raub, durch den die fides, cum qua omnis humana societas tollitur, zerstört werde. —

das Recht selbst aufhören oder modificirt werden." „Die Frage, ob ein solcher Fall vorhanden ist, sowie die Art und Weise der Aufhebung, kann aber weder dem subjectiven Ermessen des Inhabers der Staatsgewalt überlassen bleiben, noch Majoritätsfrage sein, vielmehr ist dazu die Einwilligung entweder des Betheiligten selbst, oder der zu seiner Vertretung berufene Personen, der Stände, erforderlich."

Schon oben (S. 49) ist die Lösung der Frage nach der Omnipotenz des Staats gegeben worden. Eine Anwendung der aufgestellten Sätze auf die jetzt vorliegende Frage ergibt: Der Staat hat begrifflich die Macht, Einzelrechte aufzuheben, und kann darin nicht durch einen Rechtssatz beschränkt sein. Er ist aber darum nicht befugt, willkürlich dieselben aufzuheben, sondern ist sittlich beschränkt. Dieß gilt sowol für das römische, als das germanische Recht. Ein Rechtssatz, welcher die Aufhebung der Einzelrechte gestattet, existirt nicht [3]), und einzelne vorgekommene Fälle derartiger Aufhebungen werden ausdrücklich als Widerrechtlichkeiten (d. i. Unsittlichkeiten) bezeichnet. Dagegen aber wird von Expropriationssätzen berichtet, nach welchen mit der größten Billigkeit verfahren und dem Expropriirten das ganze Grundstück abgekauft wurde, wenn er einen Theil nicht gern allein abgeben wollte [4]). Nach germanischem Recht ist die Fähigkeit des Staats, durch Gesetze

---

3) Ihering a. a. O. II. S. 78 Note 74: „Wie Schmidt darin, „„daß das römische Recht die Aufhebung der Civilrechte durch einen Act der Staatsgewalt als einen durch vis major oder casus herbeigeführten Rechtsverlust betrachte,"" „eine Consequenz der von ihm dem römischen Recht supponirten Auffassung erblicken kann, ist mir völlig unbegreiflich. Ich sollte sagen, daß das Gegentheil nicht hätte klarer ausgedrückt sein können, denn vis major, casus bildet ja den Gegensatz zum Recht, jene Aufhebung wird dadurch also als eine gewaltsame bezeichnet."

4) S. die Citate bei Ihering a. a. O. II S. 142 N. 158.

Einzelrechte aufzuheben, ebenfalls vorhanden und die Beschränkung ebenfalls sittlicher Natur. Auch das von dem Verf. aufgestellte Princip von dem Aufhören des Rechts bei Wegfall seines sittlichen Zwecks und bei Collision mit höheren Interessen ist als solches kein Rechtsprincip, s. §. 12. Als sittliches Princip ist es aber auch von den Römern anerkannt gewesen und, wenn man gesetzgeberische Eingriffe in Einzelrechte zu rechtfertigen suchte, wie z. B. die vom Verf. als Belege seiner Ansicht angeführten Agrar- und Zinsgesetze (s. o. S. 118*)), so bezog man sich auf dieses Princip[5]. Die gesetzgeberische Gewalt aber liegt freilich nicht immer bei demjenigen staatlichen Organ, welches in sonstiger Beziehung an der Spitze des Staats steht — die Staatsgewalt inne hat (s. o. S. 50). Wenn der Verf. daher als eine der Garantien, welche das germanische Recht gegen willkürliche Verletzungen der Einzelrechte durch die Staatsgewalt gewähre, die „verfassungsmäßige Beschränkung des Gesetzgebungsrechts durch die Stände, deren Recht und Beruf hauptsächlich mit in dem Schutze wohlerworbener Rechte bestehe," anführt[6]), so ist dieß irrig. Durch die Stände war es dem Landesherrn möglich geworden, aus den Territorien, über welche sich ihre Landeshoheit erstreckte, staatliche Ganze zu bilden und namentlich gesetzliche Normen aufzustellen. Die Stände beschränkten nicht die gesetzgeberische Gewalt des Landesherrn, sondern beide zusammen bildeten sie aus und waren von Anfang an ihre Inhaber. Wenn man die Stände als zur Schützung wohlerworbener Rechte berufen bezeichnet, so kann dieß nur so viel heißen, daß sie mit dem Landesherrn vertragsmäßig ihre beiderseitigen Rechtsverhältnisse festzusetzen

5) Ihering a. a. O. II. S. 76 ff.
6) Schmidt S. 159.

pflegten, daß in diesen Feststellungen auch mitunter andere Rechtsverhältnisse, welche sie nicht direct berührten, bei welchen sie aber ein mittelbares Interesse hatten, aufgenommen wurden, daß zur Aufrechthaltung dieser Verträge und zunächst zur Wahrung ihrer eigenen Interessen die Stände Vereinigungen abschlossen, und daß sie, wenn es ihnen beliebte, durch die gewonnene Macht auch die Rechte Anderer schützten. „Vertreter des Volks" waren sie auch „in dem Sinne" nicht, „in welchem nach dem ältesten germanischen Recht jeder freie Mann befugt ist, die Rechte derer zu schützen, welche dieß selbst zu thun außer Stande sind" [7]). Diese Befugniß und, wie, um ihre Vertretung zu rechtfertigen, behauptet werden müßte, die Pflicht zu einem derartigen Schutz existirte überhaupt nicht (s. o. §. 9. S. 83); und wie ein derartiges „Vertretungsrecht nothwendiger Weise die Befugniß involviren müsse, zu einer aus sittlichen Gründen gebotenen Aufhebung von Einzelrechten die Zustimmung zu geben," ist nicht ersichtlich. Soweit es sich nicht um ihre eigenen oder die Rechte der speciell ihnen untergebenen Personen handelte, übten die Stände mit dem Landesherrn zusammen eine wirkliche gesetzgeberische Thätigkeit aus. — Aprioristisch betrachtet, erscheint die Theilnahme der Stände an der Gesetzgebung als eine Verfassungsform, welche Garantien dafür bietet, daß die Gesetzgebung nicht willkürlich die Einzelrechte aufhebt. Derartige Garantien bietet aber auch die römische Verfassung verschiedene dar, welche sicherlich von nicht geringerer Wirksamkeit waren.

Ueber das ebenfalls als Garantie zur Sicherung der Einzelrechte von dem Verf. dem germanischen Recht allein vindicirte Princip der Unabhängigkeit der Rechtspflege von der Staatsgewalt siehe o. §. 5 S. 48,

---

7) Schmidt S. 160.

deßgleichen über die Verpflichtung des Inhabers der Staatsgewalt, die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen einem Richterspruch zu unterwerfen.

Drittes Capitel.

Die Freiheit.

§. 15.

Begriff der Freiheit.

Nach der römischen subjectivistischen Denkweise, deducirt der Verf., sei der Mensch als mit Vernunft und Willen begabtes Wesen fähig und berechtigt, sich selbst und seine Handlungen nach seinem subjectiven Ermessen zu bestimmen. In dieser Berechtigung bestehe seine Freiheit und, wenn man die vom Staat und Recht dem Einzelnen auferlegten Beschränkungen hinwegdenke, so müßten alle Menschen als freie und die Freiheit als absolute gedacht werden. Innerlich und sittlich sei der Mensch freilich durch sein Verhältniß zu Gott im Gebrauch seiner Freiheit beschränkt, aber dieß berühre seine äußere Freiheit nicht, denn bei Erkennung und Befolgung der Vorschriften des Sittengesetzes dürfe jeder lediglich seiner subjectiven Ueberzeugung folgen und sich durch seinen freien Entschluß bestimmen lassen. Im Staate müsse die absolute Freiheit allerdings Beschränkungen erleiden, daraus ergebe sich im Gegensatz zu der außer dem Staat existirenden natürlichen Freiheit der Begriff der gesetzlichen Freiheit, und diese bestehe in der Berechtigung subjectiv willkürlicher Selbstbestimmung innerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken.

Nach germanischer Anschauung, welche von der Voraussetzung eines höhern über dem Willen des Menschen stehenden Sittengesetzes ausgehe, seien die Menschen von vorn herein verpflichtet, die Vorschriften des Sittengesetzes zu erfüllen; sie hätten also, wenn auch die factische Möglichkeit, doch nicht das Recht, dawider zu handeln, und die Freiheit des Menschen bestehe eben in der Berechtigung sittlicher Selbstbestimmung, d. h. im Recht des Menschen, sein Leben den Vorschriften des Sittengesetzes gemäß zu gestalten. Wer diese Berechtigung nicht habe, wem durch äußere Verhältnisse die Möglichkeit entzogen werde, dem Sittengesetz gemäß zu leben, der sei ohne Zweifel unfrei. Wer sie dagegen habe, der habe auch das Maß der Freiheit, welches der Mensch überhaupt haben könne. Ein größeres Maß, eine größere Freiheit, die auch zum unsittlichen Handeln berechtige, existire für den sittlichen Menschen nicht, und wenn der Staat sie ihm auch gewähren wolle, so würde ihm sein Gewissen doch verbieten, davon Gebrauch zu machen. Daher existire ein Unterschied zwischen natürlicher und gesetzlicher Freiheit nicht. Der Mensch sei außerhalb des Staats nicht freier als im Staat [1]).

Bei der Mannichfaltigkeit des Gebrauchs der Ausdrücke frei und unfrei, selbst als technischer, ist es nothwendig, auf den ursprünglichen Begriff der Freiheit zurückzugehen, denselben in seinen verschiedenen Erscheinungen zu betrachten und zu untersuchen, wie diese von den Römern und Germanen aufgefaßt werden.

Freiheit ist der Zustand des Nichtvorhandenseins eines

1) Die Ausführung der germanischen Auffassung im Einzelnen wird unten mitgetheilt werden.

Hindernisses der Möglichkeit der Bewegung, einer Schranke — Unbeschränktheit. Es ist gleichgültig, welcher Art der Gegenstand, der als beweglich gedacht wird, und das als nicht vorhanden gedachte Hinderniß ist. Die nicht gehemmte Naturkraft, der Vogel in der Luft ist frei. — Da der Begriff der Freiheit lediglich auf dem Nichtvorhandensein einer Schranke beruht, so kann jeder Zustand mit Bezugnahme auf das Nichtvorhandensein einer bestimmten Schranke als Freiheit erscheinen, einerlei, ob andere Schranken vorhanden sind, oder nicht. Daher die Möglichkeit der verschiedenen Auffassungen des Begriffs Freiheit.

Freiheit ist formell ein negativer Begriff, indem sie der Zustand des Nichtvorhandenseins einer Schranke ist. Unfreiheit aber ist formell ein positiver Begriff, da sie der Zustand des Vorhandenseins dieser Schranke ist. Da aber die Unfreiheit ihrem Inhalt nach (materiell) eine Negation (ganze oder theilweise) der als beschränkt oder aufgehoben gedachten Möglichkeit der Bewegung ist, so ist in Bezug auf diese Möglichkeit die Freiheit die Negation einer Negation, also ein positiver Begriff. Freiheit ist die als nicht beschränkt gedachte Möglichkeit der Bewegung. Der Inhalt der Freiheit ist also gleich dem Inhalt der Möglichkeit der Bewegung.

Eine absolute Möglichkeit der Bewegung existirt für uns nicht, da ein absoluter als beweglich gedachter Gegenstand nicht existirt. Die Wesenheit jedes Gegenstands bildet eine Schranke der Möglichkeit seiner Bewegung — alle Wesen sind demnach unfrei. Da aber ein bestimmter Gegenstand ohne seine Wesenheit nicht gedacht werden kann, so erscheint diese in der Wesenheit des Gegenstands liegende mit ihm zugleich nothwendig gedachte Schranke für den Gegenstand selbst nicht als solche — und insofern sind alle Gegenstände an und für

sich frei. Unfreiheit wird nur durch außerhalb ihres Wesens liegende Schranken hervorgebracht.

Wendet man diese Sätze auf den Menschen als wollendes Geschöpf an, so erscheint dieser an sich als frei, und diese seine Freiheit besteht in der in seinem Wesen liegenden Möglichkeit zu wollen, d. h. sein Begehrungsvermögen auf einen bestimmten Gegenstand zu richten und diesen Willen zu realisiren. Betrachtet man den Menschen lediglich als Naturwesen ohne Rücksicht auf ein ihn beherrschendes Sittengesetz, und außerhalb einer Beziehung zum Staat und zur Familie, so erscheint zwar seine Handlungsfähigkeit durch das Maß seiner Körperkräfte bedingt, die Fähigkeit zu wollen aber unbedingt und sie bildet den Inhalt seiner Freiheit, s. g. natürliche Freiheit. Sittengesetz und Rechtsordnung stellen sich als Schranken dieser Fähigkeit dar, der ihnen Unterworfene ist unfrei.

Geht man dagegen von der Existenz eines Sittengesetzes aus [2]), so erscheint der Mensch seinem Wesen nach (als sittliches Wesen) diesem unterworfen, seine Fähigkeit, zu wollen, ist daher ihrem Wesen nach durch das Sittengesetz qualificirt, und diese Qualification kann nicht als Schranke aufgefaßt werden. Der dem Sittengesetz Unterworfene ist frei und der Inhalt seiner Freiheit besteht in der Fähigkeit, dem Sittengesetz gemäß zu wollen und zu handeln. Der sittliche Wille ist der ursprüngliche freie menschliche Wille. Der nicht durch das Sittengesetz bestimmte Wille aber erscheint als unfrei, denn wer das Sittengesetz oder einen Satz desselben nicht

---

2) Auf welche Weise dieses Gesetz erkannt wird, ob durch philosophische Speculation, oder durch religiösen Glauben, ob dasselbe als für sich absolut existirend, oder als Ausfluß des Willens eines höchsten Wesens aufgefaßt wird, ist für unsere Betrachtung gleichgültig.

als existent anerkennt, muß nothwendig sein Gegentheil anerkennen und seinen Willen durch dieses bestimmen lassen, für ihn ist also eine Schranke des Willens vorhanden — er erscheint als unfrei. Um den Ausgangspunct, von welchem aus man zu dieser Begriffsbestimmung gelangt, das Sittengesetz, die sittliche Natur des Menschen, zu bezeichnen, braucht man für dieselbe den Ausdruck sittliche Freiheit.

Geht man von der Existenz des Staats und des in ihm geltenden Rechts aus, so stellt sich für den rechtlich anerkannten Menschen (die Person, das Rechtssubject) die Unterwerfung unter den Staat und das Recht als nothwendige Eigenschaft dar. Seine Willensfähigkeit, resp. da das Recht nur auf die äußere Realisirung des Willens, die Handlung, Rücksicht nimmt[3]), seine Handlungsfähigkeit ist durch das Recht nicht beschränkt, sondern qualificirt, und die Fähigkeit, dem Recht gemäß zu handeln, erscheint als der ursprüngliche Inhalt der Freiheit der Person. Der Ausgangspunct dieser Begriffsbestimmung der Freiheit wird angedeutet in dem Ausdruck bürgerliche, rechtliche Freiheit[4]).

3) Hierin liegt der Grund, warum sittliche und rechtliche Freiheit sich einander gar nicht berühren, die eine nicht als ein minus der andern angesehen werden kann. Dadurch, daß das Recht die Vornahme einer dem Sittengesetz entsprechenden oder von ihm vorgeschriebenen Handlung verbietet, oder eine unsittliche Handlung vorschreibt, ist die sittliche Freiheit nicht beschränkt, denn auch der dem Recht Unterworfene kann trotzdem das dem Sittengesetz Gemäße wollen, das Widersprechende nicht wollen. Nur eine Beschränkung der Realisirung des sittlichen Wollens ist vorhanden, in derselben Weise, wie eine solche durch Naturgesetze und Naturereignisse vorkommen kann. Die Beschränkung der Realisirung des sittlichen Wollens ist, insofern sie von Menschen, welche als solche dem Sittengesetz unterworfen sind, aufgestellt ist, unsittlich. Eine vorhandene Unsittlichkeit hebt aber die sittliche Freiheit Anderer nicht auf.

4) Dazu, den das Recht nicht Anerkennenden für unfrei zu er-

Wenn nun aber in dem Unterworfensein unter das Natur-, das Sitten- und das Rechtsgesetz eine Beschränkung der menschlichen Freiheit nicht erkannt werden kann, so kann eine solche nur in der Unterwerfung unter einen fremden Willen liegen. Die Willensbestimmung durch den Willen eines Andern liegt weder in dem Wesen der natürlichen, noch der sittlichen, noch der rechtlichen Freiheit, die Abhängigkeit von einem Andern muß deßwegen als Beschränkung aufgefaßt werden, und welcher Art und welchen Ursprungs diese Abhängigkeit ist, kann sie doch an sich immer als Unfreiheit und ihr Nichtvorhandensein als Freiheit aufgefaßt werden. Dieser Begriff wird auch keineswegs durch die Stärke der Abhängigkeit, wol aber durch die Entstehung derselben modificirt. Ist nämlich die Abhängigkeit aus der Familiensitte (ob und wie weit dieselbe vom Recht anerkannt wird, ist gleichgültig) hervorgegangen, so erscheint sie, wenn man von dieser Sitte ausgeht, den Abhängigen also als Familienglied (Haussohn, Ehefrau) auffaßt, nicht als Schranke, sondern ebenfalls als Qualification der Willensfähigkeit. Dasselbe gilt von der Abhängigkeit einer Person, welche aus einer durch ihren geistigen oder körperlichen Zustand bedingten Unfähigkeit, den Willen überall selbst zu bestimmen, hervorgegangen und in ihrem Interesse eingeführt ist. — Die Abhängigkeit kann auch aus dem Willen des Abhängigen selbst hervorgegangen sein und, in so weit die Beschränkung des Willens durch sich selbst anerkannt werden

---

klären, wie dieß das Sittengesetz thut (s. o.), kann das Recht (der Staat) nicht gelangen. Denn da das Recht nur Handlungen normirt, so ist ihm eine nicht durch Handlungen dargethane Nichtanerkennung völlig indifferent. Eine Nichtanerkennung durch Handlungen läßt das Recht aber gar nicht zu, es zwingt zur Anerkennung. Zum Begriff der Unfreiheit kann es nur gelangen durch Anerkennung einer Schranke, welche der Handlungsfähigkeit innerhalb des Rechts durch eine außerhalb des Rechts liegende Potenz gezogen ist.

kann, d. h. als sie nicht als totale oder partielle Aufhebung der Willensfähigkeit selbst erscheint, ist die Abhängigkeit gerade eine Wirkung der Fähigkeit der freien Selbstbestimmung, kann also nicht als Unfreiheit aufgefaßt werden.

Beruht aber die Beschränkung der Fähigkeit, wirksam zu wollen, weder auf der Familiensitte noch auf dem geistigen oder körperlichen Zustande des Abhängigen, und ist sie nicht aus dem eigenen Willen desselben hervorgegangen, sondern hat sie ihren Grund lediglich in dem Willen und der Macht einer andern nicht durch Familienbande verbundenen Person (eines extraneus), als deren Interesse befördernd sie erscheint, so tritt die Beschränkung prägnant hervor und wird als eigentliche Unfreiheit, ihre Negation aber als Freiheit aufgefaßt.

Die factische Unfreiheit findet nun auch im rohen Recht, welches nicht auf einer Abstraction beruht, sondern vom Thatsächlichen ausgeht, ihre Anerkennung, ja erst durch das Recht erhält sie ihre hauptsächliche Bedeutung und Wirkung [5]. Denn, während abgesehen vom Recht die Abhängigkeit nur auf fortdauernder directer oder indirecter physischer Gewalt ruhend gedacht werden kann, ist innerhalb des Rechts auch ohne diese eine Abhängigkeit denkbar und realisirbar. Diese rechtliche Anerkennung zeigt sich nämlich darin, daß der Staat die physische Gewalt des Herrn unterstützt, ferner aber auch

---

5) Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß nicht ein vorrechtlicher Zustand als wirklich einmal vorhanden angenommen werden soll, sondern nur, daß die Abhängigkeitsverhältnisse ursprünglich factischer Natur sind und als solche vom Recht aufgefaßt werden. Beide Momente, das der factischen Begründung, resp. der allgemeinen Entstehung eines Abhängigkeitsverhältnisses und das der rechtlichen Anerkennung können zusammenfallen, letztere kann aber auch als später hinzukommend gedacht werden. Unter der Herrschaft des germanischen Rechts ist die Erscheinung nicht selten gewesen, daß eine thatsächliche Abhängigkeit in eine rechtliche überging.

nothwendig darin, daß derselbe den Willen des Abhängigen, soweit er beschränkt ist, nicht als selbstständig anerkennt und darum ihm nicht zur Realisirung verhilft. Mit der Anerkennung der Abhängigkeit ist also eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit des Abhängigen gegeben, welche bis zur völligen Aufhebung derselben gehen kann. Ist nun so die Unfreiheit zum Rechtsbegriff geworden[6], so ist eine engere Begriffsfassung der rechtlichen Freiheit möglich. Diese ist nicht mehr der Zustand der Fähigkeit, dem Recht gemäß zu handeln, im Gegensatz zu irgend einer Beschränkung gedacht, sondern sie wird als Gegensatz zur rechtlich anerkannten durch Abhängigkeit von einem fremden Willen hervorgebrachten Unfreiheit aufgefaßt. Für diesen Begriff der Freiheit wird in allen Rechten der Ausdruck Freiheit als technischer Rechtsausdruck gebraucht.

Wie verhält sich nun das römische Recht zu diesen verschiedenen Begriffsbestimmungen der Freiheit? Der Begriff der sittlichen Freiheit fehlt ihm natürlich ganz, da er überhaupt in einem Recht seinen Platz nicht haben kann. Libertas im technischen Sinn ist der Ausdruck zur Bezeichnung der gesetzlichen Freiheit in der oben angeführten engeren Bedeutung als Gegensatz zu der rechtlich anerkannten dauernden Abhängigkeit von dem Willen eines extraneus. Das Unterworfensein unter das Recht erscheint nicht als Beschränkung und auf die natürliche Freiheit wird nicht recurrirt. Nirgends findet sich eine Betrachtung darüber, daß „die Freiheit der Einzelnen als eine absolute gedacht werden müsse, weil vor der Gründung des Staats keine äußere Macht existirte, welche der Freiheit der Menschen Schranken auferlegte“[7]. In der angeführten

6) Hierin liegt eine Unsittlichkeit, welche aber die sittliche Freiheit der Unfreien selbst nicht berührt s. o. N. 3.

7) Schmidt S. 161.

Definition des Florentinus [8]) ist ein solcher Gegensatz nicht zu finden, denn, wenn auch „nisi quid jure prohibetur" das characteristische Moment der rechtlichen Freiheit enthält, so ist dasselbe doch nicht im Gegensatz zur natürlichen Freiheit hervorgehoben, da das characteristische Moment dieser: „nisi quid vi prohibetur" mit ihm in einem Satz durch aut verbunden zusammengestellt ist. Dem Juristen kam es einfach darauf an, ohne weitern Zweck den Inhalt der practischen Freiheit zu bestimmen. Das jus naturale wird in die Betrachtung nur deßwegen hineingezogen, um darzuthun, daß das Unterworfensein unter einen fremden Willen aus dem Wesen des Menschen nicht zu erklären sei, ja sogar diesem zuwiderlaufe (contra naturam). Das positive Recht (jus gentium) erst konnte die servitus einführen.

Die auf der Familiensitte beruhende Abhängigkeit erkennt das römische Recht an, stellt sie aber keineswegs mit der servitus zusammen und faßt das Befreitsein von dieser Abhängigkeit nicht als libertas. Im Gegentheil die Kinder auch in der Abhängigkeit vom Vater werden technisch als liberi bezeichnet. Ebenso wird zwar die Abhängigkeit, welche auf dem Willen des Abhängigen beruht, mitunter als vinculum und der davon Befreite als liber bezeichnet; diese Bezeichnung ist jedoch keineswegs eine technische, wie schon aus der Nothwendigkeit des zu liber gemachten die hinwegdachte Schranke ausdrückenden Zusatzes hervorgeht.

Untersuchen wir nun das germanische Recht, so finden wir auch hier nirgends eine Anerkennung der sittlichen Freiheit. Dieß ergibt sich schon daraus, daß die Unfreiheit recht-

8) Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibetur. l. 4 pr. de statu hominum; §. 1. J. de jure personarum.

lich anerkannt ist. Geht ein Recht von der sittlichen Freiheit, als der Fähigkeit sittlicher Selbstbestimmung aus, so muß es allerdings an seiner Spitze den Rechtssatz der „Berechtigung sittlicher Selbstbestimmung, d. i. des Rechts des Menschen, sein Leben den Vorschriften des Sittengesetzes gemäß zu gestalten," aufstellen. Da nun aber das Sittengesetz die Freiheit nicht nur als einen möglichen, sondern als einen nothwendigen Zustand anerkennt, da in der Aufstellung dieses Begriffs zugleich die Vorschrift liegt, alle Menschen sollen frei sein, so kann ein Recht, welches lediglich das Sittengesetz realisiren will, nur zu dem Rechtssatz kommen: alle Menschen sind frei. In der schon erwähnten Vergleichung der Stelle des Sachsensp. III. 42 mit l. 4, §. 1 de statu hominum läßt der Verfasser den Spiegler auch demgemäß ganz richtig argumentiren, daß die Sclaverei nicht rechtsbeständig sei, und mit Unrecht für Recht ausgegeben werde[9]). An unserer Stelle aber sagt er: „Wer diese Berechtigung nicht hat, wem durch äußere Verhältnisse die Möglichkeit entzogen wird, dem Sittengesetz gemäß zu leben, der ist ohne Zweifel unfrei." Man könnte nun etwa vermuthen, daß der Verf. im Anfang nur einer ungenauen Fassung sich schuldig mache, wenn er von einem Nichthaben dieser Berechtigung spricht, und annehmen, er wolle von der factischen Unmöglichkeit der Ausübung des Rechts sprechen. Allein abgesehen davon, daß es völlig unlogisch ist, den Zustand des factischen Verhindertseins der Ausübung eines Rechts als Gegensatz des Zustandes des Berechtigtseins zu construiren, geht aus dem Folgenden hervor, daß der Verf. von rechtlichen Hindernissen, dem Sittengesetz gemäß zu leben, spricht, und eine wirkliche Aufhebung der Berechtigung der sittlichen

9) Schmidt S. 211 f. Vergl. S. 37 oben.

Selbstbestimmung im germanischen Recht anerkennt. Es zeigt sich also hierdurch schon die Unhaltbarkeit des aufgestellten Hauptsatzes. Hören wir aber, wie ihn der Verf. weiter zu begründen sucht, denn die „Erklärung der Bestimmung des älteren und späteren Rechts" aus dem aufgestellten Begriff der Freiheit soll doch wol als Begründung der Richtigkeit des Begriffes dienen. Jedes kriegerische Volk halte ein kriegerisches Leben für den edelsten, und in den älteren, unentwickelten Zeiten für den allein eines Mannes würdigen Beruf, daher identificire sich nicht selten die Freiheit mit dem Recht, Waffen zu tragen. Bei den Germanen sei aber dieser Gedanke noch potenzirt durch die Vorstellung von der Pflicht und dem Beruf des stärkeren Mannes, die höhere Rechtsordnung mit seinem Schwert zu schützen. Consequent würde aus diesem Satz wiederum folgen, daß das germanische Recht allen Männern die Führung der Waffen gestatte. Statt dessen heißt es aber: „Von dieser Vorstellung aus kömmt das ältere germanische Recht ganz von selbst zu folgendem Resultate: Wer durch seine Geburt von jenem Recht ausgeschlossen ist, der ist unfrei, wer von freier Geburt ist, aber dessen ungeachtet nicht zur Ausübung dieses Berufes zugelassen wird, ist unvollkommen frei, und nur derjenige, der diesen Beruf ausüben darf — wer also das Recht der Fehde des gerichtlichen Zweikampfes hat, und als Mitglied einer Gemeinde zu allem diesem, und folglich auch zu den Functionen eines Schöffen, Fürsprechers u. s. w. berechtigt anerkannt ist — nur der ist vollkommen frei" (S. 163). Obgleich nun jeder Mann sittlich und folglich (nach dem Verf.) auch rechtlich zum Schutz der höhern Rechtsordnung durch sein Schwert verpflichtet ist, aus dieser Pflicht aber nach den eignen vielfältigen Ausführungen des Verfs. das entsprechende Recht hervorgeht, so erkennt doch das Recht nicht jeden Mann für waffenfähig an,

sondern manche sind durch ihre Geburt schon dieses Rechtes beraubt, und damit unfrei. Die übrigen Männer sind waffenfähig und daher frei. Das Recht kann aber auch sie von der Ausübung ihres Rechtes ausschließen, und wem dieß geschieht, der ist unvollkommen frei. Derjenige, welcher weder durch seine Geburt von seinem Recht ausgeschlossen ist, noch in der Folge durch das Recht an der Ausübung seines Rechts gehindert, dessen Berechtigung vielmehr ausdrücklich anerkannt wird, der ist vollkommen frei. Löse diese Widersprüche, wer es vermag; hier genügt es, sie hervorgehoben zu haben. Doch bis jetzt kann man die Beweisführung des Verfs. noch eine unschädliche Spielerei, wie sie in der germanistischen Literatur keine Seltenheit ist, nennen; im weiteren Verlauf verändert die Deduction aber ihren Character. „Ob," fährt der Verf. nämlich fort, „er (der vollkommen Freie) daneben frei über sich und seine Handlungen verfügen kann, oder als Dienstmann den Befehlen eines Herrn unterworfen ist und diesem Hulde gethan hat, das hat auf seine Freiheit keinen Einfluß; der Eintritt in ein Dienstverhältniß schmälert die Freiheit des Mannes nicht, sofern das Dienstverhältniß ihn nicht zu Leistungen verpflichtet, die eines freien Menschen unwürdig sind." Wäre es nicht bekannt, wie sehr eine vorgefaßte Ansicht das Urtheil verblendet, so wäre man versucht, dem Verf. einen offenbaren dolus vorzuwerfen. Wo in aller Welt werden, so lange die Ministerialität blühte, die Ministerialen für frei gehalten? Ja, schon zu der Zeit, als sie im Verkehr den Vasallen fast völlig gleich standen, war es gerade die Unfreiheit, welche sie rechtlich anders stellte; war diese aufgehoben, so konnten sie die höchsten rechtlichen Functionen ausüben, sie konnten unter Königsbann zu Gericht sitzen, aber noch der Sachsenspiegel verlangt ausdrücklich Freilassung hierzu. Es ist wahr, die Ministerialen wurden allmälig

als Freie angesehen, aber die „spätere Verschmelzung derselben mit den Gemeinfreien“ beweist gerade das Gegentheil von dem, was der Verf. durch sie beweisen will, „daß nicht das Maß der Berechtigung subjectiv willkürlicher Selbstbestimmung, welche dem Vasallen und Ministerialen 10) in geringerem Maß zustand, als dem Mann, der in kein Dienstverhältniß getreten war, sondern die Beschaffenheit des Lebensberufes, jenachdem dieser in der Volksansicht als ein höherer oder niedrigerer angesehen wurde, über Freiheit oder Unfreiheit entschied.“ Es wird vielmehr dadurch bewiesen, daß gerade die Abhängigkeit von einem Andern das die Unfreiheit bedingende Moment war. Als die Abhängigkeit der Ministerialen mit der Zeit eine immer geringere, ja endlich fast ganz inhaltsleer wurde, galten sie auch nicht mehr für unfrei.

Eine eben so eigenthümliche Auffassung der Thatsachen verräth es, wenn der Verf. weiter behauptet, der Freiheitsbegriff habe sich mit der Ansicht über die Lebensberufe geändert. Nicht nur diejenigen, welche ein rittermäßiges Leben führten, sondern auch diejenigen, welche ein ehrenhaftes, bürgerliches Gewerbe trieben, hätten nun für frei geachtet werden müssen, und allmälig mit der Einsicht, daß kein ehrlicher Beruf den Menschen schände, habe der Begriff der Freiheit auf alle Volksclassen ausgedehnt werden müssen. Da doch jedenfalls diese Ausdehnung in die Zeit vor der Reception des

10) Diese Nebeneinanderstellung der Vasallen und Ministerialen ist ganz ungehörig. Wenn bei den Ersteren überhaupt von einer „Beschränkung der subjectiv willkürlichen Selbstbestimmung“ gesprochen werden kann, so beruht diese doch nur auf einem Vertragsverhältniß, das jeden Augenblick von dem Vasallen aufgehoben werden kann, während die Beschränkung der Ministerialen auf einem dauernden, durch seinen Willen nicht aufhebbaren, meist nicht einmal durch seinen Willen begründeten Abhängigkeitsverhältniß beruht.

römischen Rechts fallen soll, so wäre es interessant, den Zeitpunct dieser, bisher den Rechtshistorikern fremden Ausdehnung der Freiheit auf alle Volksclassen kennen zu lernen. —

Nicht also von der sittlichen Freiheit geht das germanische Recht aus, sondern eben so, wie das römische, von der rechtlichen Freiheit. Eben so wenig, wie jenes, construirt es diese als Gegensatz der natürlichen Freiheit, sondern faßt dieselbe in dem engeren Sinne als Gegensatz der Abhängigkeit von einem anderen Willen. Gerade im germanischen Recht tritt die Berücksichtigung der Abhängigkeit eines Menschen vom anderen besonders deutlich hervor wegen der verschiedenen Art der rechtlich anerkannten Abhängigkeitsverhältnisse.

In den ältesten Zeiten kommen bei allen germanischen Stämmen persönlich Abhängige vor, deren Rechtsfähigkeit je nach dem Grade der Abhängigkeit gemindert oder aufgehoben ist. Wer nicht persönlich abhängig war, hatte die volle Rechtsfähigkeit, die ihm seiner Nationalität nach zukam, ein solcher wurde als frei bezeichnet. Ob er Romane oder Germane, ob er Franke oder Sachse, ob er Gemeindegenoß war oder Fremder, waren Fragen, die wol den Umfang seiner Rechtsfähigkeit berührten, aber nicht seine Freiheit. Die Freiheit an sich gewährte kein Recht, sie war nur die Bedingung des Vollgenusses desselben [11]. Für die nicht völlig Unabhängi-

11) Puchta's Bemerkung: „Der Begriff der Freiheit bei den Römern ist weit entfernt, einen so mächtigen positiven Inhalt zu haben, als bei den alten Deutschen" (Cursus der Institutionen. II. §. 214 z. A.), ist mir völlig unverständlich. Wenn in dem Vorkommen „gewisser Zustände, die den Menschen nicht zum Sclaven machen, die also Zustände der Freien sind, aber den, der sich darin befindet, factisch oder rechtlich sehr nahe an die Stellung der Sclaven hinrücken und die daher als Annäherungen an die Unfreiheit aufgefaßt werden können," die Begründung dieses Satzes liegen soll, so ist zu bemerken, daß derartige „Mittelzustände zwischen Freiheit und Unfreiheit" das germanische Recht in weit größerer Anzahl kennt.

gen war ein gemeinsamer Name nicht vorhanden. Daß aber die Abstufungen in der Rechtsfähigkeit aus der größeren oder geringeren persönlichen Abhängigkeit von Anderen hervorgingen, zeigen die verschiedenen Arten der Freilassungen und deren Wirkungen. Nur wenn das Band zwischen dem Herrn und dem Abhängigen völlig zersprengt wurde (und dieß geschah ursprünglich hauptsächlich nur durch Vermittelung des Königs), gelangte der Freigelassene zum Vollgenuß der Rechte. Trat keine völlige Lösung ein, so wurde auch die uneingeschränkte Rechtsfähigkeit nicht erlangt, und die geringere oder größere Festigkeit des Bandes (gewöhnlich waren zwei Grade derselben anerkannt) bedingte auch die größere oder geringere Rechtsfähigkeit.

Die Zeitverhältnisse, namentlich die Rechtsunsicherheit, brachten es mit sich, daß viele früher Unabhängige sich in den Schutz eines Mächtigen und damit in dessen Abhängigkeit begaben, Andere brachte Gewalt in dieselbe Stellung. War diese Abhängigkeit nun ähnlicher Art, wie die schon früher rechtlich anerkannte, so wurde durch das neue Verhältniß ebenfalls die Freiheit als verloren angesehen. Andererseits milderte sich bei manchen ursprünglich völlig Unfreien die Abhängigkeit von dem Herrn, und dieß war namentlich da der Fall, wo der Herr nicht aus eigenem persönlichen Recht eine erbliche Herrschaft ausübte, sondern ein gewählter Vertreter einer juristischen Person, einer Kirche, des Reichs, als Herr functionirte. Mit dem völligen Aufhören der persönlichen Abhängigkeit fällt auch die Beschränkung der Rechtsfähigkeit weg, wie bei den Reichs- und bischöflichen Ministerialen. — Mitunter umfaßte die neu entstandene Abhängigkeit nicht die ganze Persönlichkeit, wie das auch bei der laxesten Abhängigkeit des alten Rechts doch immer der Fall war, sondern nur eine Seite derselben. So begaben die Pfleghaften sich in eine le-

diglich politische Abhängigkeit, sie verloren deßhalb auch nur politische Rechte, die privatrechtlichen blieben ihnen ungeschmälert, ganz ebenso wie auch den nach dem Sachsenspiegel von ihnen unterschiedenen Landsassen. Der Unterschied der Rechtsfähigkeit dieser beiden Klassen beruht nicht in ihrer größeren oder geringeren Abhängigkeit, sondern in andern Bedingungen der Fähigkeit, Subject mancher Rechte zu sein, der rechtlichen Stellung zum Grund und Boden. Solche nur nach einer Richtung hin von Anfang an Unabhängige bezeichnete man fortwährend als Freie. Trotzdem erkannte das Recht die Wirkungen dieser Abhängigkeit an, und die Rechtsfähigkeit aller Freien hörte auf, eine gleichförmige zu sein: man unterschied verschiedene Grade der Rechtsfähigkeit derselben, welche man auch, da ja die Verschiedenheit, zum Theil wenigstens, auf der Abhängigkeit oder Nichtabhängigkeit von Anderen beruhte, als Freiheitsgrade auffaßte. Mit dem Beruf haben diese Grade aber nicht das Geringste zu thun; nicht „die Schöffenbarkeit" war Requisit einer höheren Freiheit, und die schöffenbar freien Leute nahmen nicht deßwegen, „weil sie den eigentlichen Beruf des Mannes, den Schutz der höheren Rechtsordnung ausübten, eine besondere Stufe ein [12]," sondern diejenigen, deren Freiheit durch Abhängigkeit nicht gemindert war, blieben noch fähig, unter Königsbann Recht zu finden und nahmen nach dem Sachsenspiegel, eben dieser ungeminderten Freiheit wegen, die höchste Stufe ein. Der Freiheitsgrad bedingt also, um mit dem Verf. zu sprechen, die Zulassung zur Ausübung eines bestimmten Berufs, erworben aber wird die Freiheit, resp. der Freiheitsgrad durch Geburt und durch Freilassung.

Die auf der Familiensitte beruhende Abhängigkeit faßt

---

12) Schmidt, S. 165.

das germanische Recht nicht als Freiheitsbeschränkungen auf, und ebenso nicht die auf dem eigenen Willen des Abhängigen beruhende Abhängigkeit, vorausgesetzt, daß dieselbe nicht dauernder Natur ist oder, wenn auch begrifflich dauernd, doch durch den Willen des Abhängigen aufgehoben werden kann, wie z. B. das vasallitische Verhältniß. Wird der Zustand des Nichtvorhandenseins einer solchen Beschränkung auch mitunter als Freiheit bezeichnet, so ist diese Bezeichnung doch immer nur eine untechnische.

Die Berücksichtigung der Abhängigkeit von Anderen ist also nach allen Seiten hin im römischen und im germanischen Recht eine gleiche, selbst der Gebrauch der Worte Freiheit und Unfreiheit ist ein übereinstimmender. Beide Rechte ignoriren den Begriff der sittlichen Freiheit und gehen von dem der rechtlichen aus. — In einem wesentlichen Punct differiren aber beide doch von einander, und zwar stellen sich die Grundsätze des römischen Rechts entschieden als die sittlicheren heraus. Ich meine die rechtliche Anerkennung einer aus dem Willen des Abhängigen selbst hervorgehenden Abhängigkeit. Das römische Recht erkennt nur diejenige selbstgeschaffene Abhängigkeit an, welche den Grund ihres Aufhörens in sich selbst trägt — deren Inhalt also die Verpflichtung zu einer Leistung oder einer bestimmten Anzahl von Leistungen ist; das germanische Recht begränzt den Umfang und Inhalt der selbstgeschaffenen Abhängigkeit nicht und läßt selbst die totale Selbstvernichtung der Freiheit zu. Schon in den ältesten Zeiten war es bei den Germanen anerkannt, daß ein Freier sich in Unfreiheit begeben konnte, die spätere Zeit zeigt die freiwillige Entäußerung der Unabhängigkeit so massenhaft vorgenommen, daß der gesammte Rechtszustand sich dadurch umbildet, und noch die Rechtsbücher erkennen einen Act, durch welchen sich ein Freier einem andern in Eigenschaft gibt (in Folge welcher

er von dem Herrn selbst veräußert werden kann), als rechtsbeständig an [13]). Nicht so die Römer; ihnen ist die Freiheit ein unveräußerliches Gut; nur in eine sittliche, dem natürlichen Familienverhältnisse nachgebildete, die Freiheit nicht afficirende Abhängigkeit können sie sich begeben, doch nur mit Zustimmung des Volks. (Sogar ein indirectes und bedingtes Ergeben durch nexum bringt in Rom selbst nur thatsächliche und temporäre Wirkungen hervor, rechtlichen Effect konnte es nur außerhalb Rom erlangen.) Wenden wir hierauf die Begriffsbestimmungen des Verfs. an, so kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß den Germanen die Berechtigung „subjectiv willkürlicher Selbstbestimmung," welche bis zur Vernichtung ihrer selbst gehen kann [14]), den Römern aber die „Be-

---

13) Seine Blutsverwandten können allerdings Widerspruch einlegen; daß dieß aber aus ihrem eigenen Interesse an der eventuellen Erbschaft des sich zu eigen Gebenden hervorgeht, ergibt sich aus Sachsensp. III, 32. §. 8, welchen viele Handschriften, darunter die Quedlinburger, mit „aber" dem §. 7 entgegenstellen.

14) In einem Fall versucht der Verf. eine Rechtfertigung der Veräußerung der Freiheit, nämlich bei Gelegenheit des von Tacitus angeführten Verspielens der Freiheit. Er raisonnirt so: die Ehre sei das höchste Gut, für dessen Erhaltung der Mensch selbst Leben und Freiheit hingeben müsse; habe er nun seine Freiheit im Spiel eingesetzt, so erfordere es seine Ehre, wenn er verloren, die Freiheit hinzugeben. Daß die Ehre fordern könne, die Freiheit hinzugeben, sei dem Römer unverständlich und daher setze er bezeichnend hinzu: ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant (Schmidt, S. 178 N. 4.). Diese Argumentation ist aber unrichtig. Auch der Römer hält es für gerechtfertigt, dem Tod und der Gefangenschaft sich auszusetzen, um seine Ehre, namentlich die kriegerische, zu wahren, aber davon ist hier nicht die Rede. Der Spielende setzt seine Freiheit nicht auf's Spiel, um seine Ehre zu wahren, sondern aus Gewinnsucht oder aus Spielwuth veräußert er eventuell seine Freiheit. Weder nach römischer, noch nach germanischer sittlicher Anschauung kann es die Ehre fordern, ein unsittliches Versprechen zu erfüllen, nur überall unsittliche Hartnäckigkeit kann dazu bestimmen. Gilt es also bei den

rechtigung sittlicher Selbstbestimmung," welche als solche sich nicht selbst vernichten kann, zugeschrieben werden muß [15]).

Dieselbe Verschiedenheit tritt hervor in der Behandlung einer Anzahl einzelner Rechtsinstitute, namentlich des Eigenthums. Im germanischen Recht eine fast unbedingte Fähigkeit zur dauernden Beschränkung des naturgemäßen Inhalts eines Rechts, im römischen Recht Begränzung dieser Befugniß durch die Natur des einzelnen Rechts selbst. Dieser Satz wird bei Besprechung der einzelnen Rechte seinen Beweis finden, im Allgemeinen verweise ich auf die Ausführungen Ihering's [16]).

Germanen für ehrenhaft, ein solches Versprechen zu erfüllen, so wird von Anfang an vorausgesetzt, daß dasselbe keine Unsittlichkeit enthalte. Der Römer geht natürlich von der entgegengesetzten Voraussetzung aus, ihm ist das Versprechen selbst eine res prava und die pervicacia darin tadelnswerth. — Bezeichnend für den Verf. ist aber die bei dieser Gelegenheit gemachte Bemerkung über den Grund der Spielleidenschaft der Germanen. Während Tacitus von einer tanta lucrandi perdendive temeritas spricht, sagt der Verf.: „Diese Leidenschaft hat bei den Germanen ihren Grund doch eben nicht in der Gewinnsucht, sondern in der Gleichgültigkeit gegen Geld und Gut und in der Lust zum Wagen."

15) „Das Recht auf Freiheit ist zugleich eine Pflicht," „die Freiheit ist als die Bedingung sittlicher Entwickelung etwas über dem Menschen Erhabenes, ein Gut, das er rechtlich weder sich selbst, noch seinen Nachkommen verkümmern kann." Ihering a. a. O. II. S. 223. 239.

16) a. a. O. II. §. 33: „Das deutsche Recht ist von der scheinbar consequenten Auffassung des Freiheitsbegriffs ausgegangen und hat fast überall Unfreiheit geärntet, wo es die Freiheit gesäet hatte." (S. 222.) „Die abstracte Freiheit des Subjects findet an der in dem einzelnen Institut enthaltenen objectiven Freiheit ihr Ziel und Maß vor, eine Bahn, die sie einhalten muß und soll, damit sie nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathe." (S. 225.)

§. 16.

Verschiedenheit der Folgerungen aus dem Freiheitsbegriffe.

1) Als erste Folgerung aus dem römischen Freiheitsbegriffe wird angeführt „die Aufgabe des Staats, die Berechtigung subjectiv willkürlicher Selbstbestimmung zu realisiren," während aus dem germanischen Freiheitsbegriff, als Aufgabe des Staats, die Realisirung der sittlichen, d. h. objectiv sittlichen Selbstbestimmung sich ergebe (s. §. 15).

2) Aus dem römischen Freiheitsbegriffe folge die „Nothwendigkeit republicanischer Verfassung und der Theilnahme des Einzelnen an der Staatsgewalt. Durch die Schranken, welche der Wille des Menschen sich selbst setze, werde seine Freiheit nicht aufgehoben; dieß geschehe nur durch seine Unterwerfung unter einen fremden Willen. Gesetzliche Beschränkungen der natürlichen Freiheit seien zwar mit dem römischen Freiheitsbegriff an sich verträglich, sie müßten aber aus dem Willen der Einzelnen selbst hervorgegangen sein, oder doch aus demselben hervorgegangen gedacht werden können, und dieß sei nur dann der Fall, wenn das Recht der Gesetzgebung der Gesammtheit der einzelnen Staatsbürger zustehe. Um so nothwendiger sei dieß, weil darin die einzig mögliche Garantie für den Einzelnen liege, daß der Staat seine Omnipotenz nicht zu seiner Unterdrückung mißbrauche. — Königthum und Freiheit seien nach römischer Ansicht entschiedene Gegensätze, weil die Römer eben ein beschränktes Herrschaftsverhältniß nicht zu construiren vermöchten und die königliche Gewalt von ihnen nothwendig als eine absolute gedacht werden müsse. Wenngleich dieß vollständig nur von der Erbmonarchie gelte, da ein gewählter König eigentlich nur wie ein republicanischer Magistrat durch den Willen des Volks

herrsche, so sei doch wegen des größern Umfangs und der Dauer seiner Rechte auch ein gewählter König oder Imperator mit der wirklichen Freiheit des Volks nicht wol vereinbar und könne daher nur als eine durch besondere historische Umstände gerechtfertigte Anomalie angesehen werden. — Der germanische Freiheitsbegriff dagegen schließe zwar die Republik nicht aus, weil unter Umständen der höhere sittliche Zweck des Staats auch in ihr erreicht werden könne, er führe aber principiell zur Monarchie, als der besten Verfassungsform, weil der höhere sittliche Zweck des Staats vor Allem eine feste, energische und von der augenblicklichen Laune der Massen unabhängige Staatsgewalt fordere, er postulire aber daneben zugleich Garantien gegen den Mißbrauch der Staatsgewalt, und zwar festere als das allgemeine Stimmrecht biete.

3) Aus dem römischen Freiheitsbegriff wird endlich die Nothwendigkeit abstracter Gleichheit des Rechts für alle Einzelnen gefolgert, der germanische Freiheitsbegriff dagegen verlange für jeden Lebensberuf das seiner Lebensaufgabe entsprechende Recht.

Nicht in der verschiedenen Auffassung des Freiheitsbegriffs liegt die Ursache der verschiedenen Staatsentwickelung bei den Römern und den Germanen, sondern in den verschiedenen Ausgangspuncten ihrer Geschichte. Wäre es der römische Freiheitsbegriff, auf welchem die Republik beruhte, wie konnte die objectivistische griechische Anschauung zu derselben Staatsform und dazu gelangen, diese Staatsform für die allein gerechtfertigte zu halten? Wenn der germanische Freiheitsbegriff principiell zur Monarchie führt, als der besten Verfassungsform, „weil der höhere sittliche Zweck des Staats vor Allem eine feste, energische und von der augenblicklichen Laune der

Massen unabhängige Staatsgewalt fordert," wie kann eine Rechtslehre, welche, wie die griechische, „die Realisirung des Ethos für die unmittelbare Aufgabe des Staats hält [1]), zu entgegengesetzten Resultaten kommen? — Die verschiedene Ausbildung der Verfassung bei den Römern und bei den Deutschen geht aus der gesammten historischen Entwickelung beider Völker hervor und aus den verschiedenen Ausgangspuncten beider. In Rom, wie in Griechenland entwickelte sich der Staat aus der Stadt, in Deutschland aus einem über ein großes Territorium verbreiteten Volk. Der Stadt aber entspricht die republicanische, dem ausgebreiteten Volk die monarchische Staatsverfassung.

Die Gründe, welche Veranlassung dazu geben, daß bei einer zerstreut lebenden Bevölkerung aus der patriarchalen Häuptlingsschaft und Anführerschaft im Krieg sich ein staatliches Königthum entwickelt, sind bei einer auf die Stadt beschränkten oder in derselben ihren örtlich nahe liegenden Mittelpunct findenden staatlichen Vereinigung nicht vorhanden. Der Begriff des Staats und damit die Ueberzeugung des Einzelnen von der Nothwendigkeit, sich dem Willen desselben zu fügen, ist vorhanden auch ohne das Vorhandensein eines aus eigenem Rechte Herrschenden, und die Vereinigung ist fähig, auch ohne einen solchen festen Mittelpunct leicht zu functioniren. Die natürliche Folge davon ist die Ausbildung einer republicanischen Verfassung mit Abstreifung der etwa vorhandenen Gewalt des Einzelnen. Wenn dieser Gewalthaber — der König — schon früher als nicht im Staat stehend, sondern demselben gegenüber gestellt, als Herr desselben erschien, so tritt diese Stellung desselben nach seiner Entfernung dem Rückblickenden noch weit prägnanter entgegen und je mehr die

1) Schmidt S. 53.

Erinnerung an die wirklichen Verfassungsverhältnisse zur Zeit des Königthums zurücktritt, um so schroffer und in um so größerem Gegensatz zur dermaligen Verfassung erscheint das alte Königthum. Die Abschaffung desselben stellt sich den Nachkommen der Urheber dieser Verfassungsveränderung als eigentliche Befreiung von dem Joche eines Herrn dar, und dazu trägt noch namentlich der Umstand bei, daß, wenn, wie das häufig der Fall ist, verfassungswidrige Handlungen des letzten Königs die letzte Ursache der Verfassungsveränderung wurden, diese nicht als Ueberhebungen eines Einzelnen, sondern als Ausflüsse des Königthums selbst angesehen werden. — Die Voraussetzungen der republicanischen Verfassung ändern sich nicht dadurch, daß die Stadt Territorien ihrer Gewalt unterwirft, so lange sie selbst nur im Gegensatz zu denselben Herrscherin bleibt. Erst wo dieser Gegensatz zwischen Stadt und Beherrschten aufhört, jene in diesen aufgeht, sind die Bedingungen der Herrschaft eines Einzelnen wieder vorhanden und es bildet sich Alleinherrschaft aus. — Die thatsächlichen städtischen Verhältnisse bedingen ebenfalls die in der republicanischen Verfassung selbst vorgehenden Veränderungen, die allmälige Verallgemeinerung der ursprünglich nur bei einer gewissen Classe der Stadtbewohner befindlichen Fähigkeit, an der Stadtverwaltung Theil zu nehmen. — Die römische Verfassung entwickelt sich in dieser Weise, und wenn schon oben auf die Aehnlichkeit der Rechtsentwickelung in den deutschen Städten aufmerksam gemacht wurde, so ist diese hier besonders hervorzuheben.

Der Verf. behauptet, daß, da die Römer ein sittlich beschränktes Herrschaftsverhältniß nicht zu construiren vermocht hätten, die königliche Gewalt von ihnen nothwendig als eine absolute habe gedacht werden müssen. Das alte römische Königthum wird uns aber von den Römern selbst nicht als

Despotie dargestellt; die von dem Verf. angeführte Stelle des Pomponius [2]) bezeichnet es ebenfalls nicht als solche, läßt es vielmehr als patriarchales erscheinen, welches in einer Zeit entstanden, wo das Recht von der Sitte noch nicht getrennt war, einen Rechtszustand und damit den Staat schuf. — Die Imperatorenherrschaft tritt im Anfang als thatsächliche Vereinigung gewisser magistratischer Machtbefugnisse auf und entwickelte sich erst allmälig zu einer festeren Gestalt, bedurfte aber noch lange Zeit einer, wenn auch später nur formellen, Anlehnung an die alte Staatsverfassung. Daß sie sich thatsächlich zu einem Despotismus ausbilden konnte, davon liegt der Grund in der Thatsache, daß die Römer es versäumt hatten, den Uebergang aus der Stadtverfassung in die Reichsverfassung durch eine zweckentsprechende Behandlung der unterworfenen Provinzen anzubahnen [3]). Als daher der Uebergang namentlich auch durch die Einwirkung des Reichs auf die Stadt und die dadurch in dieser vorgegangene Veränderung nöthig wurde, konnte sich nur eine der beiden rohesten Verfassungsformen ausbilden, der Despotismus [4]). Bevor es zu der rechtlichen Feststellung derselben kam, ist die Stellung des Imperators von unserm heutigen Standpunct aus materiell dem s. g. beschränkten Königthum an die Seite zu stellen. — Daß aber die Römer fähig waren, ein s. g. beschränktes Königthum zu begreifen, zeigen die Berichte über derartige

---

2) L. 2 §. 1 de origine juris.

3) Ob und wie eine derartige Anbahnung möglich gewesen, oder ob die Ausdehnung der Herrschaft der Stadt über die verschiedensten Gebietstheile nothwendig zum Untergang führen mußte, dieß zu untersuchen gehört nicht hierher.

4) Die am anderen Ende der Reihe der möglichen Verfassungsformen, welche, wie der Despotismus, in äußerster Consequenz die Negation einer Verfassung enthält, die reine Democratie, war aus äußeren Gründen nicht möglich.

Verfassungsformen bei andern Völkern, welche keineswegs als Anomalien angesehen werden, z. B. die Erzählungen des Curtius von dem Königthum der Macedonier, des Tacitus von dem der Gothen im Gegensatz zum Despotismus bei den Suionen [5]). Gewöhnlich trat das Königthum allerdings als unbeschränktes ihnen gegenüber, und so wird auch von dieser Erscheinung ausgegangen.

Bei den Germanen mußte man, wie bemerkt, zur Monarchie gelangen, da überall ein ganzes Volk von Anfang an den Staat bildete. Der Freiheitsbegriff hat damit nichts zu thun und das germanische Königthum entwickelte sich nirgends im Gegensatz zur Republik; ein Räsonnement, wie das des Verfs., „daß der höhere sittliche Zweck des Staats vor Allem eine feste, von der augenblicklichen Laune der Massen unabhängige Staatsgewalt erfordere,“ dem germanischen Mittelalter zuzuschreiben, ist deßwegen ein völliger Anachronismus. Der Gegensatz des germanischen Königthums ist der Nichtstaat, denn das Königthum ist, namentlich seit die Organisation des Reichs auf der Lehnsverfassung beruhte, das den Staat selbst zusammenhaltende Element. Der König konnte gar nicht als außer dem Staat stehend und diesem opponirt gedacht werden. Will man aber von einer Einwirkung des Freiheitsbegriffs auf die Ausbildung der germanischen Staatsverfassung sprechen, so ist dieß nur dann gerechtfertigt, wenn man von dem practischen Freiheitsbegriff, dem Streben der Einzelnen nach individueller Freiheit ausgeht, welches aber nicht, wie das in Rom der Fall war, die Freiheit im Staat, sondern im Gegensatz zum Staat suchte und daher der Ausbildung einer kräftigen Staatsgewalt hindernd in den Weg

5) Siehe Hugo Grotius, de jure belli ac pacis l. I. c. III. §. 20, 4, wo es aber statt non precario regnandi jure — jure parendi heißen muß.

trat. Am deutlichsten und stärksten tritt dieß hervor im deutschen Reich, welches diesem, allerdings nicht von den Massen, sondern von den einzelnen mächtigen Reichsfürsten ausgehenden Unabhängigkeitsdrang erlag. Schon die Existenz der Landeshoheit überhaupt ist ein Product dieses Strebens. Es könnte wol nicht leicht ein größeres Paradoxon aufgestellt werden, als wenn man in consequenter Schlußfolgerung aus den Sätzen des Verfs. behaupten wollte, im deutschen Reich sei der höhere sittliche Zweck des Staats besser erreicht worden oder wenigstens dessen Erreichung leichter möglich gewesen, als in der römischen Republik. — Innerhalb der Territorien wurde der Staatsbegriff energischer gefaßt und consequenter entwickelt, das Freiheitsstreben der Einzelnen konnte auch dort weniger wirksam entgegentreten. Diejenigen, welchen es möglich gewesen wäre, die Ausbildung der Landesstaatsgewalt zu verhindern, hatten gerade ein Interesse an dieser Ausbildung und concurrirten bei derselben. Später, als auch ihre Interessen durch die Macht der Fürsten bedroht wurden, war der Widerstand oft nicht mehr möglich. Die Verfassung der Territorien konnte sich daher so entwickeln, daß die Theilnahme der Stände an der Staatsgewalt, wie schon oben bemerkt (S. 121), als Garantie gegen den Mißbrauch der Gewalt der Fürsten angesehen werden kann, die Staatsgewalt selbst sich aber dabei doch kräftig ausbildete, während es geradezu unmöglich ist, die Theilnahme der Reichsstände an der Reichsgewalt als zweckmäßige Beschränkung der kaiserlichen Gewalt aufzufassen.

Der Verf. führt als eine Consequenz des germanischen Freiheitsbegriffs die Verschiedenheit des Rechts der Einzelnen im Gegensatz zu der römischen Rechtsgleichheit an. Diese Verschiedenheit ist allerdings ein Product des germanischen Freiheitsstrebens, dieses muß aber freilich wieder als Streben der

Einzelnen nach natürlicher Freiheit aufgefaßt werden, welches gegen die Unterwerfung unter allgemeine Rechtssätze oder unter die Autorität von Staatsorganen, namentlich aber auch gegen die Pflicht, zu den Staatslasten beizutragen, gerichtet ist. Zu allen Zeiten kommt dieses Streben vor und erreicht so häufig seinen Zweck, daß dadurch eine große Rechtsungleichheit herbeigeführt wird. Die Hinwegräumung einer durch das Recht der natürlichen Freiheit aufgelegten Beschränkung wird nun auch technisch als Freiheit bezeichnet [6]). Da nun aber jedes Privileg als Hinwegräumung einer rechtlichen Schranke aufgefaßt werden kann, so wurde der Ausdruck Freiheit mit Privileg identisch gebraucht und auch auf diejenigen Rechte angewandt, welche als Privilegien im Gegensatz zum gemeinen Landrecht gegeben, resp. als solche aufgefaßt und bestätigt wurden (s. o. S. 60). So spricht man wol auch im Allgemeinen von der Städtefreiheit und versteht darunter das besondere in irgend welcher Weise entstandene Stadtrecht; doch ist in dieser Bedeutung der Gebrauch des Wortes im Plural gewöhnlicher und richtiger — Landesfreiheiten, Ständefreiheiten u. s. w.

Viertes Capitel.

Die Ehre.

§. 17.

Die Ehre und ihr Verhältniß zum Recht.

„Der Begriff der Ehre, d. h. der in der äußern Achtung eines Menschen sich aussprechenden Anerkennung seines Werths,

6) Selbst Unfreie, Hörige wurden im Gegensatz zu andern Unfreien desselben Herrn, welche größere Lasten zu tragen hatten, als freie Leute bezeichnet.

und seine Bedeutung für das Leben werden wesentlich bestimmt durch die Ansprüche, welche die Menschen an den Einzelnen in Bezug auf sein sittliches Verhalten machen und zu machen berechtigt sind, und diese Ansprüche hängen wiederum ganz davon ab, ob das Denken des Menschen von dem Begriffe des Subjects oder von der Voraussetzung eines allgemein gültigen Sittengesetzes ausgeht."

1) Dem subjectivistischen Princip zu Folge hat jeder Einzelne das unbeschränkte Recht, das Sittengesetz nach seinem subjectiven Ermessen auszulegen und zu behandeln, und es fehlt jede Berechtigung, an den Einzelnen bestimmte Ansprüche in Bezug auf sein sittliches Verhalten zu machen. „Das Erheben solcher Ansprüche ist eigentlich gar nicht möglich, denn das einzig mögliche Verlangen, daß die Handlungen des Einzelnen mit seiner subjectiven Auffassung und Auslegung des Sittengesetzes übereinstimmen, entzieht sich jeder objectiven Behandlung." Daraus folgt:

a) Jedem steht es zwar frei, die Handlungen Anderer nach dem Maße seiner subjectiven sittlichen Ueberzeugung zu messen und danach sein persönliches Verhalten gegen ihn einzurichten; diese Beurtheilung hat auch für den Beurtheilten große thatsächliche Bedeutung, namentlich in einer Republik, in welcher alle öffentlichen Aemter durch Volkswahlen besetzt werden: rechtliche Bedeutung hat sie aber nicht.

b) „Die Befugniß des Einzelnen, sein persönliches Verhalten gegen Andere durch sein subjectives Urtheil über ihren sittlichen Werth bestimmen zu lassen, geht nur so weit, als überhaupt die Berechtigung subjectiv willkürlichen Handelns reicht." Die Verachtung gegen einen Andern berechtigt nicht zum Eingriff in dessen Rechtssphäre, seine Qualität als Person muß respectirt und die vermöge derselben anzusprechende Achtung, existimatio, darf nicht verweigert werden. Diese

Existimatio hat mit dem sittlichen Werthe des Menschen nichts zu thun, sondern ist ein natürlicher Ausfluß der Persönlichkeit. „Eine Person ohne Existimatio kann nicht gedacht werden. Die Existimatio wird nur mit der Persönlichkeit selbst durch magna capitis deminutio vernichtet.“

Nachdem diese Sätze aufgestellt sind, wird in der bekannten Weise ihre consequente Durchführung für unmöglich erklärt, wenigstens auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Daher die römische Lehre von der in ihren Wirkungen auf das Staatsrecht beschränkten Infamie, durch welche das Verhältniß der Ehre zum Recht im Uebrigen nicht verändert werde.

2) Durch die Anerkennung eines allgemein verbindlichen objectiven Sittengesetzes ist ein objectiver Maßstab für die Beurtheilung der Handlungen Anderer gegeben und die Menschen erscheinen berechtigt und verpflichtet, den sittlichen Werth des Einzelnen nach diesem Maßstab zu messen. — Nach germanischer Anschauung soll der Mensch überall seinen persönlichen Vortheil und seine subjectiven Neigungen den Forderungen der Sittlichkeit unterordnen und der Pflicht Alles aufzuopfern bereit sein. In dieser Bereitwilligkeit, in der Treue bei der Pflichterfüllung besteht sein sittlicher Werth — seine Ehre. „Die Ehre erhält daher auch ihren besonderen Inhalt und ihre nähere Bestimmung aus der Natur der besonderen Pflichten, welche dem Einzelnen vermöge seiner Stellung und Lebensaufgabe obliegen, und mit der Gliederung des Volks in verschiedene Berufsstände nimmt der Begriff der Ehre auch den Character der Standesehre und Amtsehre an, indem die Forderungen der Ehre sich z. B. für den Officier, Grundbesitzer, Richter, Geistlichen ganz verschieden stellen und von dem Einen diese, von dem Andern jene sittliche Eigen-

schaft besonders gefordert wird" [1]). — Da durch Staat und Recht sittliche Zwecke realisirt werden sollen, so muß das sittliche Verhalten des Einzelnen auch für seine rechtliche Stellung entscheidend sein und der Verlust der Ehre Einfluß auf die Rechtsfähigkeit ausüben. Daher folgende zwei Principien:

a) Da von Ehrlosen eine Förderung sittlicher Verbindungszwecke nicht zu erwarten ist, so macht der Verlust der Ehre genossenschaftsunfähig und zieht den Verlust derjenigen Rechte nach sich, welche die Aufnahme in eine bestimmte Genossenschaft zur Voraussetzung haben.

b) Weil das Recht ein dem Menschen um eines höheren sittlichen Zwecks willen verliehenes Amt ist, von dem Ehrlosen aber der ihrem höhern sittlichen Zweck gemäße Gebrauch der Rechte nicht vorausgesetzt werden kann, so macht der Verlust der Ehre rechtsunfähig, d. h. unfähig derjenigen Rechte, bei welchen der Character des Amts mehr hervortritt. —

Dieß die Darstellung des Verfs. Vergeblich sucht man in dem Texte dieses Paragraphen eine Erwähnung der verschiedenen Institute, in welchem sich im germanischen Rechtsleben eine Berücksichtigung des sittlichen Verhaltens der Menschen zeigt, und der verschiedenen Stellung derselben in den verschiedenen Zeiten, so daß es scheint, als nehme der Verf. eine derartige Verschiedenheit gar nicht an. Erst ganz zum Schluß wird in einer Note der Unterschied zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit berührt und erstere als die Infamie des ältern, letztere als die des spätern Rechts bezeichnet.

Wir verstehen unter Ehre den Zustand desjenigen, welcher seine sittlichen Pflichten erfüllt, an und für sich betrachtet

---

1) Schmidt S. 177. 178.

— dignitas. Die Anerkennung der Ehre einer Person heißt Achtung, dignatio, existimatio, welche wieder objectiv als Zustand der anerkannten Ehre gedacht werden kann — ebenfalls existimatio. Dasselbe spricht der Jurist in l. 5, §. 1 de extraord. cognit. aus: existimatio = dignitatis status comprobatus. Diese Begriffe gehören an und für sich dem Recht nicht an. — Die Achtung kann zwar je nach der Ueberzeugung von der größeren oder geringeren Pflichttreue einer Person und namentlich nach der größeren oder geringeren Stärke dieser Ueberzeugung ihrem Grade nach verschieden sein, sie wird aber immer schon da vorhanden sein müssen, wo eine Ueberzeugung von einer Nichterfüllung der Pflicht nicht vorhanden ist. Diese allgemeine Achtung hat aber dadurch auch nicht deutlich bemerkbare Consequenzen, diese lassen sich vielmehr deutlich nur bei der Nichtachtung erkennen. Sie bestehen im Allgemeinen in der Vermeidung einer Berührung mit dem nicht Geachteten. Dasselbe Ausweichen findet sich aber ohne positive Nichtachtung auch da, wo eine Nichterfüllung der Pflicht vermuthet wird, auf die Erfahrung hin, daß unter denselben Voraussetzungen, wie die in concreto vorliegenden, Andere ebenfalls ihre Pflicht nicht erfüllt haben. Hieraus bildete sich in Zeiten, in welchen eine s. g. strengere Sittlichkeit herrscht, d. h. in der That, wo die sittliche Anschauung in roherer Weise mehr auf das Aeußerliche und den Erfolg der Handlungen gerichtet ist, eine feste Regel, durch welche ganze gewisse Berufe ausübende Classen von Personen von dem Lebensverkehr ausgeschlossen werden. Ja, diese Ausschließung findet selbst mitunter da statt, wo eine solche Vermuthung der Unehrenhaftigkeit gar nicht vorliegt, das s. g. strenge Sittlichkeitsgefühl aber in plumper Rohheit gewisse Pflichtverletzungen auch über die Person der Pflichtverletzenden hinaus ahndet. Dieß ist der Fall in Betreff der Kinder von

solchen Personen, welche wegen ihres Berufs ausgeschlossen sind, und der unehelichen Kinder. Wegen dieser gleichen Behandlung kommt man nun leicht dazu, die ihres Berufs und ihrer Geburt wegen Vermiedenen mit den ihrer wirklichen Pflichtverletzung wegen Ausgeschlossenen in gleiche Linie zu stellen und hat wol auch die ersteren als ehrlos bezeichnet. Ich will nicht in Abrede stellen, daß die Volksanschauung in der Ausübung mancher Berufe eine directe Verletzung der höheren Pflichten findet, gerechtfertigt ist dieß aber nur dann, wenn auch schon die einzelne Berufshandlung an und für sich eine Pflichtverletzung involvirt; wo dieß nicht der Fall ist, wird die Anschauung, daß der Beruf selbst eine Unehrenhaftigkeit enthalte, einer genaueren Betrachtung als das Resultat der oben angeführten Argumentation sich darstellen müssen. Bei den ihrer Geburt wegen Ausgeschlossenen kann vernünftiger Weise an Pflichtverletzung nicht entfernt gedacht werden; völlig aus der Luft gegriffen ist es aber, wenn der Verf. die Mißachtung der Unehelichen aus dem Mangel an Garantien der Pflichterfüllung von ihrer Seite erklärt [2]).

Nothwendige Voraussetzung der Begriffe Achtung, Ehre

---

2) „Der auf der unehelichen Geburt haftende Makel und die daraus entspringende Genossenschaftsunfähigkeit ist für das germanische Recht im höchsten Grade charakteristisch. Unehelich Geborne können ohne Zweifel die zur Rechtsfähigkeit erforderliche persönliche Tüchtigkeit und ehrenhafte Gesinnung haben; auch sind sie an der durch ihre Erzeugung begangenen Unsittlichkeit unschuldig. In der Regel aber wird der Mensch das, was er ist, durch die Erziehung, welche er empfangen hat, und eine Erziehung, wie sie ehelichen Kindern sittlicher Eltern zu Theil wird, empfangen uneheliche Kinder in der Regel nicht. Diejenige Gesinnung, welche bei einem unbescholtenen, von sittlichen Eltern erzogenen Manne vorausgesetzt werden darf, kann bei ihnen also nicht vorausgesetzt werden, und gerade diese Voraussetzung ist Bedingung der Rechtsfähigkeit nach germanischem Princip." Schmidt S. 135 N. 3.

ist die Anerkennung einer objectiven Sittlichkeit oder mit andern Worten einer in einer Gesammtheit gleichmäßig vorhandenen sittlichen Anschauung, denn auch in denjenigen Fällen, in welchen ein Individuum einem anderen seine Achtung entzieht, während dieß von anderer Seite nicht geschieht, beruft sich dasselbe doch nicht auf seine individuelle Anschauung als solche, sondern auf die objectiv vorhandene Sittlichkeit, welche nur von Anderen nicht richtig erkannt werde.

Die in dem gewöhnlichen Verkehr vorkommende Ausschließung des nicht Geachteten zeigt sich auch im Rechtsleben. Hier ist jedoch nothwendig, daß die Begriffe der Achtung und Nichtachtung schärfer bestimmt werden. Dieß geschieht dadurch, daß man mit Uebergehung derjenigen Fälle, in welchen die Ueberzeugungen der Individuen von einander abweichen, nur diejenigen Fälle berücksichtigt, welche eine deutlich erkennbare communis opinio als Fälle der Ehrlosigkeit anerkennt, also indem man sich möglichst streng an das Objective anschließt. — Die Wirkung im Rechtsleben ist auch wesentlich keine andere, als die Ausschließung. Diese ist aber nur da nothwendig, wo der Einzelne eine Berührung mit Anderen nicht vermeiden kann, nicht aber da, wo ihm diese Vermeidung auch ohne Rechtssatz möglich ist, also nicht in dem privatrechtlichen Verkehr, sondern auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und vor Gericht.

In dieser Weise hat nun auch das römische Recht das Verhältniß behandelt. Dasselbe hat einen festen juristischen Begriff aufgestellt, die infamia, und die Entstehungsgründe und Wirkungen derselben genau bestimmt. Das Material dazu ist aus der sittlichen Anschauung des Volks hergeholt. Wie wenig das Recht einen neuen Begriff geschaffen, sondern genau den in der sittlichen Anschauung vorhandenen aufgenom-

men und nur enger begränzt hat, geht deutlich aus der l. 2 de obsequiis parentibus praestandis hervor [3]).

Das römische Recht begnügt sich aber nicht mit dieser Berücksichtigung der Nichtachtung; auch da, wo eine Person nicht als infamis betrachtet wird, sondern nur im Allgemeinen von der öffentlichen Meinung gebrandmarkt ist, legt das Recht Gewicht auf letzteres. Außer in einigen wenigen Fällen, welche sich erst allmälig fixirten (z. B. der quereala inofficiosi testamenti), wurden aber hierüber nicht feste bestimmte Rechtssätze aufgestellt, sondern dem Richter war es überlassen, in wie weit er die allgemeine Nichtachtung — turpitudo, vilitas — als vorhanden anerkennen und wie weit er Rechtswirkungen aus derselben hervorgehen lassen wollte.

Ganz in derselben Weise ist bei den Germanen der Einfluß der Ehre auf das Recht anerkannt. Die Terminologie ist hier schwankend; das Wort Ehre wurde nicht in der aufgestellten allgemeinen Bedeutung gebraucht. Als eigentlich juristisches findet sich das seiner Wirkung nach als Rechtlosigkeit bezeichnete Institut. Entstehungsgrund ist wie in Rom: Begehung gewisser unsittlicher Handlungen und Betreibung gewisser von der Volkssitte reprobirter Gewerbe; dazu kommt noch die uneheliche Geburt. Die Wirkung ist Ausschließung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und im Proceß.

Daneben finden wir nun aber noch eine weitere rechtliche

---

3) Die Sitte (res ipsa et opinio hominum), sagt Julian, erkennt denjenigen für infamis, dessen dolus oder speciell injuria evident hergestellt ist, das Recht jedoch nur den wegen dolus oder injuria suo nomine Verurtheilten. (Bei der Beurtheilung des schuldigen obsequium der Kinder soll diese sittliche weitere Auffassung zu Grunde gelegt werden, und deßwegen wird den Kindern auch dann die Anstellung der actio de dolo und injuriarum untersagt, wenn die Aeltern sich durch einen Procurator vertreten lassen.)

Berücksichtigung des sittlichen Verhaltens; die Ehrlosigkeit, die Treulosigkeit zieht gewisse Nachtheile nach sich. — Treue bezeichnet objectiv betrachtet, das als sittliche Nothwendigkeit erkannte Fortbestehen eines gehörig begründeten sittlichen Verhältnisses, subjectiv betrachtet ist sie die Anerkennung der Nothwendigkeit dieses Fortbestehens und in Folge dessen das Fortbestehenlassen. Sie erscheint demnach als Erfülltsein beziehungsweise als Erfüllung aller aus dem Verhältnisse entspringenden Pflichten. In dieser allgemeinen Bedeutung würde nun aber der Treue die Ehre in der allgemeinen Bedeutung völlig entsprechen, und so will sie der Verf. auch auffassen. Diese allgemeine Bedeutung rechtfertigt sich jedoch keineswegs durch den Sprachgebrauch. Ebenso, wie sie heut zu Tage als eine nicht gäng und gebe künstliche Abstraction erscheint, im Volke aber der Begriff auf gewisse Verhältnisse beschränkt wird, findet sich eine solche Beschränkung auch schon im Mittelalter, namentlich in der Rechtssprache und vielleicht noch prägnanter vor. Man spricht von Treue da, wo eine Verpflichtung durch ein solennes Versprechen übernommen ist, namentlich aber bei dauernden Rechtsverhältnissen, welche zwischen zweien oder mehreren Personen zum Zweck eines Schutzes nach außen begründet sind, oder in welchen diese Schutzpflicht wenigstens als wesentliches Moment hervortritt. Die erste Art der Verhältnisse pflegt auch dadurch begründet zu werden, daß von dem Einzelnen das Festhalten an den ihm obliegenden Pflichten, welche zusammen den Inhalt des Verhältnisses ausmachen, feierlich gelobt wird — conjuratio der Städtebürger, der Gildegenossen, eheliches Versprechen. Dasselbe findet auch vielfach bei der zweiten Art in Betreff schon begründeter Pflichten statt, gleichsam um die Erfüllung dieser durch das besondere Angelöbniß noch gewisser zu machen — Vasallen- und Unterthaneneid. (Wo das die Ein-

zelnen verpflichtende Moment so evident hervortritt, wie bei Blutsverwandten, findet ein besonderes Treugelöbniß nicht statt.) Eine Verletzung der Treue in dieser speciellen Bedeutung bringt nun in vielen Fällen eine beschränkte Rechtlosigkeit hervor und zwar ist dieselbe in ihren Wirkungen auf das Rechtsgebiet beschränkt, innerhalb dessen die Treulosigkeit vorkam, auf die Stadt, die Zunft, die durch Lehnsabhängigkeit von demselben Herrn verbundenen Personen u. s. w. Der Treulose wird aus diesem Kreis ausgeschlossen, er verliert die Ehre desselben[4]) und die in diesem Kreis begründeten Rechte — Ehrlosigkeit. Diese kann mit der allgemeinen Rechtlosigkeit zusammenfallen und wird es namentlich da, wo die Treulosigkeit gegen das Reich begangen ist; sie kommt aber auch ohne dieselbe vor. — Von dieser directen Wirkung der Treulosigkeit, der Ausschließung, ist die indirecte zu unterscheiden: Dritte bezeugen dem Ausgeschlossenen nicht mehr diejenige Achtung, welche sie den Gliedern des Kreises, welchem er angehörte, zu bezeugen pflegten. Diese Nichtachtung hat aber eine rechtliche Bedeutung nicht erlangt. Eine solche Nichtachtung kommt auch da vor, wo gewisse Handlungen einen besonders geachteten Zustand, z. B. den der weiblichen Keuschheit (weibliche Ehre), aufheben, ohne daß irgend welche rechtliche Nachtheile dadurch entstehen. Dieß spricht der Sachsenspiegel I, 5. §. 2 ausdrücklich aus.

Auf das behandelte Verhältniß mußte deßwegen näher eingegangen werden, weil der Verf. Treue und Ehre in der allgemeinen Bedeutung auffaßt. Nur einmal beruft er sich

---

4) d. i. das besondere ihm als Glied dieses Kreises zukommende Ansehen. Ehre wird speciell für den Vorzug, den eine besondere Lebensstellung hervorbringt, gebraucht. (Aehnlich wird auch bei den Römern der Ausdruck honos und dignitas gebraucht.)

zur Unterstützung dieser Auffassung auf ein Quellenzeugniß und zwar auf die Glosse zum Sachsenspiegel. Dort heißt es nämlich (Gl. zu III, 78): „Wenn denn alle ere von der treu kompt, darumb so setzt er hie von der treu. Und die kompt von dreyerley sach." Als erste Treue wird die Lehnstreue, als zweite die Verwandtentreue angeführt und dann heißt es weiter: „die dritt treu die kompt von recht und von nutz, als die wir zu dem recht (und den Gerichten — ist Zusatz Zobel's) haben sollen." Diese dritte Treue soll nun nach dem Verf. zeigen, wie allgemein der Begriff der Treue, aus der die Ehre stamme, im Mittelalter gefaßt werde, und welches Gewicht man gerade auf diese Treue gelegt habe, ergebe sich aus einer Vergleichung der Glosse mit dem glossirten Artikel. Der angezogene Artikel untersucht die Frage, ob jemand durch das specielle Treuverhältniß, in welchem er zu einem Anderen stehe, an der Vollziehung der ihm zustehenden Rechte und Pflichten gehindert werde, und verneint diese Frage. In dem ganzen Artikel wird aber das Wort Treue immer nur auf das specielle Verhältniß bezogen, obgleich ganz allgemein von „seiner Treue" gesprochen wird. Die Pflicht, über den Lehnsmann zu richten, dem Gerüfte gegen Herrn und Mag zu folgen, wird nicht aus der höheren Treue abgeleitet, die Argumentation ist vielmehr ganz einfach die, daß das Treuverhältniß nur innerhalb eines bestimmten Umfangs Wirkungen äußere, keineswegs aber die rechtliche Stellung des Einzelnen ganz verändere. Die Glosse begnügt sich aber nicht hiermit, sondern in dem unglücklichen Streben nach einer gewissen Eleganz stellt sie der speciellen Treue die allgemeine gegenüber und begründet deren Aufstellung unter Berufung auf römische und canonische Stellen mit einigen seichten Betrachtungen darüber, daß die Handhabung des Rechts unumgänglich nothwendig sei.

Aus dem bisher Vorgebrachten ergibt sich, daß das deutsche und römische Recht von demselben Grundgedanken in Betreff der Rechtswirkungen der Achtung ausgegangen und daher auch zur Ausbildung wesentlich gleicher Institute gekommen sind. Daher trat aber auch bei der Reception des römischen Rechts eine solche Verschmelzung beider Institute ein [5]), daß es geradezu unmöglich ist, zu bestimmen, welches von da an in Deutschland galt. Infamia und Rechtlosigkeit fielen, so weit sie sich deckten, ganz zusammen. Einzelne Entstehungsgründe aus dem einen und dem anderen Rechte blieben dabei bestehen, und die Berücksichtigung der turpitudo ging aus dem römischen Recht mit über. Gelegenheit zu ihrer Berücksichtiguug war namentlich durch die Umbildung des Processes gegeben.

§. 18.

Behandlung der Ehrverletzung.

Da nach der römischen Ansicht, so deducirt der Verf., niemand Anspruch auf Anerkennung seines sittlichen Werths habe, so könne auch kein besonderes Delict der Ehrverletzung vorkommen. Ehrverletzung falle unter den allgemeinen Begriff der Verletzung der Persönlichkeit — Injurie, welche auch solche Kränkungen der Persönlichkeit umfasse, die zu der Ehre des Verletzten in gar keiner Beziehung ständen. Wegen Ehrverletzung werde daher auch nur die Injurienklage auf ein Geldquantum gegeben. Diese Klage anzustellen oder nicht, sei dem Ermessen des Beleidigten überlassen. Ersteres würde bei einer speciell anerkannten Ehrverletzung gefühlswidrig, Letz-

5) Daß die infamia im justinianischen Recht nicht mehr in voller Wirksamkeit war, thut nichts zur Sache — in den justinianischen Rechtsquellen fand sie sich noch vor.

teres mit der Ehre unverträglich sein. Beides habe jedoch bei der generellen Behandlung der Injurie nichts Anstößiges.

Aus der nach germanischer Anschauung möglichen objectiven Messung des sittlichen Werths des Einzelnen und dem sittlichen Anspruch eines jeden auf Anerkennung dieses Werths folge die Selbstständigkeit des Delicts der Ehrverletzung. Der an seiner Ehre Gekränkte sei berechtigt, Genugthuung zu fordern, aber auch sittlich dazu verpflichtet. „Wer eine Beschimpfung ruhig hinnehme oder die Wahrheit eines ihm gemachten sittlichen Vorwurfs unerörtert lasse, verrathe damit entweder das Bewußtsein, daß die Beschimpfung eine verdiente sei, oder eine Gesinnung, welche mit der wahren Ehre unverträglich sei." Daher werde die Ehre nach germanischer Ansicht durch das ruhige Hinnehmen einer Ehrenkränkung beschimpft, durch Retorsion aber die nachtheilige Wirkung der Injurie abgewandt, da der Retorquirende zeige, daß er eine weitere Erörterung nicht scheue, dieselbe vielmehr provocire. Daher bestimmte sich auch die Bedeutung der Injurie und der Inhalt der dem Beleidigten dadurch auferlegten Pflichten wesentlich durch die Person des Beleidigers, weil der Verdacht, als sei die Ehrenkränkung verdient oder die Beschuldigung begründet, von dem Gewichte, welches auf das Urtheil und die Ehrenhaftigkeit des Beleidigers zu legen sei, abhänge. — Eine wirkliche Genugthuung könne nur darin bestehen, daß die Ehrenkränkung als unverdiente dargestellt werde, und dazu könne auch eine Geldstrafe dienen, nämlich da, wo das Bedürfniß der Bestrafung des Beleidigers hervortrete; wo es aber die Ehrenrettung des Beleidigten gelte, sei eine directere Beziehung der Genugthuung auf die Ehrenkränkung erforderlich, z. B. Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung. — Besonders klar offenbare sich das Wesen der germanischen Ehre in den Grundsätzen über das Duell.

Es bedarf nur einer Andeutung, um zu zeigen, wie völlig irrig die gegebene Darstellung ist, soweit es sich um eine rechtliche Behandlung der Injurie handelt. Der Natur des römischen Criminalrechts ist es gemäß, umfassende Categorien aufzustellen, ohne daß man deßwegen auf eine völlig gleiche Natur der in dieselben fallenden Vergehungen schließen darf. Kann man ja doch deutlich die Injurie im engern Sinn von dem weitern Begriff des gegen die Person ohne Absicht der Vermögensverletzung gerichteten Unrechts unterscheiden, hebt der Prätor doch selbst das convicium, die contumelia besonders hervor. Wenn die Injurie im engeren Sinn „lediglich als Verletzung des Respects, welcher der Persönlichkeit als solcher gebürt," aufgefaßt worden wäre, wie erklärt sich da die verschiedene Behandlung der Injurie nach dem Rang und dem Ansehen des Beleidigten? Die Persönlichkeit des Römers soll ja nach dem Verf. ein bestimmter fester Begriff sein, der einer Gradation nicht fähig ist. Die Möglichkeit einer criminellen Behandlung der Injurie wird gar nicht erwähnt und ebensowenig die den wegen Injurie Verurtheilten treffende Infamie. — Und nun das germanische Recht: Geldstrafe und nichts als Geldstrafe steht auf der Injurie, die leges haben für Ehrverletzungen dieselben Compositionen wie für Körperverletzungen und zwar zum Theil feste, wie die 12 Tafeln; die Rechtsbücher sprechen dem Beleidigten eine Buße zu und daneben wie bei allen Bußen die Wedde dem Richter. Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung sind Producte des späteren Rechts nach der Reception des römischen Rechts. Was bezweckt der gerichtliche Zweikampf? Die Sühnung einer Injurie? Er bezweckte den Beweis der Wahrheit oder Unwahrheit der Beschuldigung wegen eines Verbrechens, genauer noch, den Beweis der Verwirkung der compositio durch das Verbrechen. Der unterliegende Angeklagte mußte

zahlen oder wurde öffentlich bestraft. Oder will man die Folgen des Zweikampfs beim Vindicationsverfahren hierher ziehen, so ist es wieder Buße und Wedde, welche der Unterliegende wegen widerrechtlichen Behauptens oder Läugnens zu zahlen hatte. Nirgends eine Spur davon, daß das Tariren der Injurie in Geld dem germanischen Gefühl widerstrebt hätte und wie ist dieß auch, wo das gesammte Criminalrecht auf dem Compositionensystem beruhte, denkbar?

Der Verf. will, wie erwähnt, das Wesen der germanischen Ehre besonders klar in den Grundsätzen über das Duell ausgesprochen finden, und ich halte es für nothwendig, seine Darstellung wörtlich hier anzuführen. „Wenn die Ehre," sagt er, „gerade das Product derjenigen Gesinnung ist, welche Recht und Ehre höher stellt als jedes andere Gut, und Leib und Leben dafür zu opfern bereit ist, wenn es ferner als der besondere Beruf des waffenfähigen Mannes angesehen wird, die höhere Rechtsordnung nöthigenfalls mit dem Schwerte zu vertheidigen, und wenn endlich die einzige wirkliche Genugthuung für den an seiner Ehre Gekränkten darin besteht, daß der gegen seine Ehre erhobene Zweifel beseitigt werde, so gibt es für den waffenfähigen Mann, der die Unwahrheit eines Vorwurfs oder das Unverdiente einer erlittenen Kränkung nicht anders darthun kann, auch kein geeigneteres Mittel dazu, als daß er der erlittenen Kränkung gegenüber thatsächlich den Beweis führt, daß ihm seine Ehre höher stehe als sein Leben, und daß er lieber sein Leben auf's Spiel setzen, als eine Beschimpfung dulden wolle. In seiner vollen Bedeutung als Mittel zur Wahrung der Ehre erscheint der Zweikampf freilich nur so lange, als sein Ausgang für ein Gottesurtheil gehalten wird, weil nur unter dieser Voraussetzung das Widerrechtliche der Kränkung dadurch dargethan werden kann. Immer aber bleibt, auch nachdem diese Vorstellung nicht mehr

damit verbunden wird und daher der Zweikampf als Beweismittel für andere Rechtsstreitigkeiten außer Anwendung gekommen ist, das Duell doch eine thatsächliche Documentirung derjenigen Gesinnung, welche von einem waffenfähigen Manne gefordert wird, und vorzugsweise die Grundlage seiner Ehre bildet, und weil das Unterlassen oder Ausschlagen einer Forderung den Verdacht des Mangels dieser Gesinnung erwecken könnte, dieser Verdacht aber dem Bewußtsein des Einzelnen als mit seiner Ehre unverträglich erscheint, hat das Duell sich auch trotz aller staatlichen Verbote erhalten, obgleich eine ethische Rechtfertigung desselben bei den völlig veränderten Lebenszuständen von Wenigen für möglich gehalten wird"[1]).

Auch in dieser Darstellung zeigt sich wieder eine Verkennung des richtigen Gesichtspuncts. Das moderne Duell hängt allerdings mit dem gerichtlichen Zweikampf historisch zusammen, aber gerade mit dem Zweikampf, wie er als Ausfluß der Selbsthülfe erscheint[2]). Ohne diese Auffassung ist ein Zusammenhang beider gar nicht zu construiren. Der vom Verf. angeführte Gemeinplatz, daß der Beleidigte durch den Zweikampf den Beweis führe, daß ihm seine Ehre höher stehe, als sein Leben, enthält eine Erklärung des Wesens des Zweikampfs darum nicht, weil eine Verbindung zwischen der Ehrverletzung und dem Exponiren des eigenen Lebens an und für sich nicht vorhanden ist. Das Exponiren des eigenen Lebens ist nur eine Consequenz des historischen Begriffs des Zweikampfs, nicht aber die ursprüngliche Absicht, welche zur Herbeiführung desselben bestimmt. Der Beleidigte hat vor Allem die Absicht, dem Beleidiger ein Leid zuzufügen, er ist der Angreifende, er bestimmt die Waffen, er beginnt den Kampf.

1) Schmidt S. 185.
2) S. o. S. 81.

Der moderne Staat gibt dem Beleidigten zwar Mittel an die Hand, Genugthuung für die Beleidigung zu erhalten, es kommt aber vor, daß dem Beleidigten das Maß oder die Art der rechtlich festgestellten Genugthuung nicht genügen, oder er hält den Richter nicht für fähig, die Bedeutung der ihm zugefügten Beleidigung gehörig aufzufassen und danach die Genugthuung festzusetzen; andere Mittel, wie Zurücknahme der Beleidigung durch den Beleidiger oder die Achtungserklärung von Seiten geachteter Personen sind nicht anzuwenden oder genügen ebenfalls nicht — er schreitet zur Selbsthülfe, d. h. er fügt dem Beleidiger ein dem durch die Beleidigung ihm gewordenen entsprechendes Uebel zu. Er kann die Zufügung der gleichen Art von Uebel für entsprechend halten — er retorquirt, oder er erkennt das Aequivalent nur in starkem körperlichen Leid. — Während es nun aber dem sittlichen Gefühl des Corsicaners und Albanesen nicht zuwiderläuft, den Beleidiger hinterrücks mit Waffen anzugreifen, während auch bei uns der formlose und unter ungleichen Verhältnissen vorgenommene unblutige Kampf nicht allgemein verschmäht wird — widerstrebt dieß doch gewissen Naturen und sie halten die Selbsthülfe nur mit gewissen Beschränkungen und unter gewissen Voraussetzungen für sittlich gerechtfertigt. Als derartige Beschränkungen und Voraussetzungen werden aufgestellt, daß der Angegriffene vorbereitet, zur Abwehr und zum Gegenangriff gerüstet ist, möglichst gleiche Verhältnisse für beide Kämpfer vorhanden sind, die Art und die Dauer des Kampfs entweder nach Zeit oder nach der Zahl der Angriffsversuche (Gänge) oder nach dem Erfolg im Voraus bestimmt ist, oder durch das Arbitrium Dritter festgestellt wird. Der Anschluß an die Formen des gerichtlichen Zweikampfs ist evident; eine Arbeit von Jahrhunderten hatte in diesem die Rache in ein

System gebracht und ihrer Ausübung alles Gefühlswidrige genommen, darum lag dieser Anschluß nahe.

Die Anschauung, daß für gewisse Beleidigungen nur durch Selbsthülfe Genugthuung geschafft werden könne, kommt aber nicht nur vereinzelt vor, sondern ist so sehr verbreitet und tritt in gewissen Lebenskreisen so sehr hervor, daß sie wenigstens in diesen Kreisen als objective Wahrheit angesehen wird. Hierdurch ist aber auch die Quelle, aus welcher dieser Satz hervorgeht, das Streben des Menschen, jeden Angriff abzuwehren, als sittlich anerkannt und damit die sittliche Pflicht zur Abwehr aufgestellt. Mit dem Satze, daß in gewissen Fällen nur durch Selbsthülfe Genugthuung verschafft werden könne, fällt also immer der Satz, daß diese Selbsthülfe geübt werden müsse, zusammen; es erscheint in denjenigen Kreisen, in welchen der erste Satz als objective Wahrheit aufgestellt wird, derjenige, welcher sich der dadurch bedingten Pflicht entzieht, als seiner Pflicht ungetreu und verfällt mithin der Nichtachtung. Diese Nichtachtung kann jedoch durch Berücksichtigung des Grundes, warum der Beleidigte nicht zur Selbsthülfe schreitet, gemindert, ja selbst ganz aufgehoben werden. Dieß geschieht dann, wenn als Grund eine mit der Verpflichtung, zur Selbsthülfe zu schreiten, collidirende andere Pflicht vorliegt. In einem solchen Collisionsfalle ist eine Untersuchung der Stärke dieser Pflichten anzustellen und das individuelle Ermessen hat dabei oft einen großen Spielraum. In Einem Fall kann aber eine Collision nicht angenommen werden, wenn nämlich lediglich die Pflicht der Selbsterhaltung opponirt wird (ich sage l e d i g l i c h, denn der Fall der Erhaltung für Andere kann allerdings einen Collisionsfall bilden), denn durch das Aufstellen dieser Pflicht würde der objectiv feststehende Satz von der Sittlichkeit der qualificirten (d. h. nur durch das Exponiren der eignen Person möglichen)

Selbsthülfe negirt. Geht man nun aber von der Sittlichkeit dieser Selbsthülfe aus, so muß das aus dem Streben nach Selbsterhaltung hervorgegangene Vermeiden der Selbsthülfe als ungerechtfertigt erscheinen, fällt also unter den Begriff der Feigheit, als der sittlich nicht gerechtfertigten Vermeidung einer Gefahr.

Auch wo der Beleidigte den Selbsterhaltungstrieb nicht ausdrücklich als Grund des Vermeidens der Ausübung der Selbsthülfe anführt, aber auch andere Gründe nicht vorbringt, oder diese nicht als stichhaltig erscheinen, entsteht leicht der Verdacht, daß der Selbsterhaltungstrieb doch in der That das bestimmende Moment sei, und Nichtachtung trifft den Beleidigten wegen Nichterfüllung seiner Pflicht. — Wenn daher mancher Einzelne, welchen sein lebendiges Rachegefühl an und für sich nicht zur Selbsthülfe drängen würde, zu derselben dennoch schreitet, so geschieht dieß in der Absicht, um der aus der Präsumtion der Feigheit entspringenden Mißachtung zu entgehen, und mit Bezug auf die Häufigkeit dieser Erscheinung findet man wol den Satz ausgesprochen, daß man sich schlage, um nicht als feig angesehen zu werden, oder, wie der Verf. sagt, „um thatsächlich den Beweis zu führen, daß die Ehre höher stehe, als das Leben." Die Natur des Duells ist aber dadurch keineswegs ergründet, im Gegentheil wird durch diese Auffassung die Vollziehung desselben für eine Unsittlichkeit erklärt, denn in der Aufstellung eines derartigen Satzes liegt der Hintergedanke, daß eine Rechtfertigung des Duells streng genommen nicht möglich sei, der Einzelne aber aus Utilitätsgründen sich einem bestehenden Vorurtheil füge.

Bisher wurde nur von der Person des Beleidigten ausgegangen; es bleibt noch die Stellung des Beleidigers zum Duell zu untersuchen. Eine Pflicht, der Selbsthülfe sich als Object darzubieten, kann an und für sich nicht aufgestellt

werden. Den rohen Gebirgsbewohner, der sich der Tragweite der Flinte des Beleidigten entzieht, trifft kein Vorwurf. Ist aber die absolute Selbsthülfe für unsittlich erklärt und nur die durch Einräumung der Vertheidigungsmöglichkeit und der möglichst gleichen Chancen für beide Kämpfer qualificirte Selbsthülfe für sittlich anerkannt, so ist mit dieser Begünstigung für den als Object der Selbsthülfe erscheinenden Beleidiger zugleich die Verpflichtung aufgestellt, seinerseits die zur Ausübung der als Duell qualificirten Selbsthülfe erforderliche Thätigkeit vorzunehmen, sobald ihn der Beleidigte durch die Ausforderung, d. h. durch die Erklärung, zur Ausübung der qualificirten Selbsthülfe schreiten zu wollen, dazu auffordert. Weigert er sich durch Worte oder thatsächlich, so handelt er dadurch pflichtwidrig und erfährt in Folge davon Nichtachtung. Hierbei ist aber nothwendige Voraussetzung, daß die Selbsthülfe selbst und damit die Herausforderung als gerechtfertigt erscheint. Nicht gerechtfertigt ist diese aber einmal, wenn der Beleidigte sich in dem Zustande der Ehrlosigkeit befindet und die Beleidigung sich auf diesen Zustand bezog, indem sie entweder nur in der Erwähnung dieses Zustands oder der denselben hervorbringenden Ursache bestand oder ein durch den Zustand gerechtfertigtes Urtheil enthielt [3]). Ist die Existenz eines solchen Zustands erwiesen, so braucht sich der Beleidiger nicht nur der Forderung des Beleidigten nicht zu stellen, sondern er darf es selbst unter Umständen nicht, ohne seine Achtung auf's Spiel zu setzen. Ferner kann der Beleidiger selbst eine Genugthuung anderer Art anbieten. Ist die Beleidigung der Art gewesen, daß Widerruf und Ehrenerklärung nach der Ansicht

3) Verläumdung und eigentliche Injurie sind in Bezug auf das Duell gleich zu behandeln; die höhere Bedeutung des ersteren liegt häufig nur in ihrer größeren Specialisirung.

der Lebenskreise, welchen der Beleidigte angehört, als entsprechende Genugthuung erscheinen, so stellt sich die Selbsthülfe als nicht gerechtfertigt dar. Erscheint aber die Ehrenerklärung als nicht entsprechende Genugthuung oder weigert sich der Beleidiger, eine derartige Genugthuung überhaupt oder in entsprechend erachteter Weise zu geben, so ist die Selbsthülfe gerechtfertigt. Eine Collision mit andern Pflichten ist hier (immer natürlich nach den Anschauungen der besonderen Kreise) nicht denkbar, da der Beleidiger durch eigene willkürliche Handlungen die Verpflichtung herbeigeführt hat[4]). Jedes Ausschlagen der in concreto gerechtfertigten Selbsthülfe stellt sich sonach als Pflichtverletzung dar. Ueber den präsumirten Grund dieser Pflichtverletzung gilt dasselbe, was oben von der Pflichtverletzung des Beleidigten gesagt ist.

Wird durch die Nichtannahme der Herausforderung die Vornahme des Zweikampfs unmöglich, so hat der Beleidigte durch die Herausforderung selbst seiner Verpflichtung genügt, er erhält aber auch durch die den Beleidiger treffende Nichtachtung eine Genugthuung für die Beleidigung.

Die Art der Beleidigung ist im Ganzen in Bezug auf das Duell gleichgültig, höchstens hat die größere oder geringere Stärke derselben einigen Einfluß. Auch mit dem Wesen einer s. g. Standesehre hat das Duell an sich nichts zu thun. Nicht bloß bei Ehrverletzungen, welche nur innerhalb eines gewissen Kreises als solche oder als besonders gravirend angesehen werden, schreiten Angehörige dieses Kreises zum Duell,

4) Die als collidirend behauptete Verpflichtung hätte ihn von der Vornahme der Beleidigung abhalten sollen. Gewisse Sätze, z. B. daß für beleidigende Handlungen, welche im Dienst vorgenommen sind, der Beleidiger sich nicht zu stellen brauche, widersprechen nur scheinbar. Dieser Satz sagt nur, daß eben wegen des dienstlichen Characters des s. g. Beleidigers eine Beleidigung gar nicht vorliege.

sondern auch bei allgemein anerkannten Ehrverletzungen; in einem solchen Kreis wird nur den übrigen Pflichten, deren Ausübung die Ehre bedingt, noch die Duellpflicht hinzugefügt. — Diese specielle Pflicht aber beruht auf der Ansicht von der Sittlichkeit der Selbsthülfe, also, da der Staat die Selbsthülfe ausschließt, auf einer antistaatlichen Tendenz. Will man deßwegen aus der unzweifelhaft von vielen Einzelnen und manchen Lebenskreisen anerkannten Rechtfertigung des Duells einen Schluß ziehen, so kann es nur der sein, daß die moderne Staatsidee noch keineswegs allgemein in dem Bewußtsein des Volks lebt.

Die Richtigkeit der gegebenen Darstellung ergibt sich auch aus der üblichen Bezeichnung der Anschauung, welche das Duell rechtfertigt, als ritterlicher. In den Städten hat sich die moderne Staatsidee am Frühsten realisirt und dort wurde der Selbsthülfe folgeweise am Energischsten entgegengetreten; auch in ihrer gerichtlichen Anwendung schloß man sie aus. Die Hörigen hatten von Anfang nicht die Befugniß, die Pfleghaften verloren die thatsächliche Fähigkeit, Selbsthülfe zu üben; ihr Subjectionsverhältniß bildete sich leicht zum Unterthanenverhältniß aus und das Staatsprincip konnte in allen Consequenzen bei ihnen zur Geltung gelangen. Es blieben nur noch die ritterliche Lebensweise Führenden als befugt und befähigt zur Selbsthülfe, und ihre politischen Verhältnisse ließen in ihnen am spätesten und unvollkommensten das Staatsprincip zur Anerkennung gelangen. Daher erhielt sich auch in ihnen die Idee von der Sittlichkeit der Selbsthülfe am längsten, daher bildete sich gerade in ihnen das moderne Duell aus[5]) und wird als ein ihnen speciell zugehö-

5) Der Anschluß des Duells an die Waffenübungen der Rittermäßigen — die Turniere — war von großem Einfluß auf die Ausbildung desselben.

rendes Institut aufgefaßt [6]). Erst von da an, wo ihre specielle staatliche Stellung aufhörte, verallgemeinerte sich die Anerkennung und Anwendung des Duells, ohne daß sich jedoch das Bewußtsein seines nächsten (ritterlichen) Ursprungs verloren hätte [7]).

Wenn auch das ritterliche antistaatliche Element noch in der heutigen Gesellschaft sich vorfindet, so hat es doch im modernen Staat keinen Platz mehr [8]), eben so wenig konnte es von Anfang an im antiken Staat einen Platz finden. Der moderne Staat muß daher das ritterliche Institut des Duells reprobiren, im antiken konnte es gar nicht zur Ausbildung gelangen. Der römische eques war ein Staatsbürger, der den Staat und dessen Recht anerkennt, wie jeder Andere und (nebst seinem Vortheil) seine Ehre in der Besorgung der Finanzgeschäfte des Staats fand.

---

6) Auch in demjenigen Kreise, in welchem das Duell speciell anerkannt und besonders ausgebildet wurde, dem der deutschen Studenten, hängt diese Anerkennung mit der Ansicht von der Sonderstellung im Staat und dem Erhabensein über die für den Staatsbürger (den Philister) festgesetzten Bestimmungen zusammen.

7) Auch die romantischen Traditionen vom alten Ritterthum mögen auf die Bildung dieses Begriffs des Ritterlichen von Einfluß gewesen sein. In diesen Traditionen treten uns aber gerade Zustände entgegen, welche mit dem modernen Staat in noch directerem Widerspruch stehen, als die wirklich vorhanden gewesenen, und in diesen antistaatlichen Zuständen liegt auch für die Tradition die Rechtfertigung des Ritterthums.

8) Soweit die Ritterlichkeit im Gegensatz zum Egoismus und ausschließlichen Streben nach Gelderwerb als aufopfernde Hingebung für Andere oder als Erfüllung speciell oder in höherem Maße dem Ritter aufgelegter Pflichten erscheint, z. B. im Krieg, gegen Frauen, gegen das Staatsoberhaupt kann sie, wenn man von den einer überwundenen Zeit angehörigen Modalitäten ihrer Erfüllung abstrahirt, natürlich auch in dem modernen Staat geübt werden.

§. 19.
Einfluß dieser Principien auf die Beweislast im Proceß.

An die Spitze wird der Satz gestellt, daß die Ehre des Menschen nicht nur durch wirklich begangene Unsittlichkeiten leide, sondern schon durch den Verdacht solcher Handlungen, daß daher ein ehrenhafter Mensch das Bedürfniß fühle, sich von diesem Verdachte zu reinigen. Dieser Gesichtspunct soll für die Regulirung der Beweislast im Proceß von Wichtigkeit sein.

Es wird nun die römische Lehre kurz vorgetragen, nach welcher dem Kläger der Beweis obliege, der Beklagte, wenn der Beweis nicht erbracht sei, freigesprochen werde, ihm aber auch das Recht des Gegenbeweises zustehe. Da hiernach das Urtheil nur ausspreche, daß der Kläger seinen Klaggrund nicht habe beweisen können, eine Gewißheit darüber, wer von den streitenden Theilen im Rechte sei, aber nicht herbeigeführt werde, „so bleibe auf beiden Theilen der Verdacht wahrheitswidriger Beschuldigungen und beziehungsweise unehrlichen Läugnens haften." Consequent habe dieß Princip aber wieder nicht durchgeführt werden können, vielmehr habe „theils das Peinliche, was unter Umständen in einem solchen Verdachte liege, theils das Interesse der Sittlichkeit, welches durch frivoles Processiren zu sehr gefährdet werde, verschiedene Modificationen herbeigeführt — die poena dupli für frivoles Läugnen, die Verpflichtung zur Annahme eines angetragenen Eids, das juramentum und das judicium calumniae u. s. w. Es sei aber dem Ermessen der Parteien überlassen geblieben, ob sie von diesen Modificationen Gebrauch machen wollten, und jedenfalls sei dabei das Princip salvirt geblieben, daß im Civilproceß nur formelle Wahrheit herbeigeführt werden solle."

Nach dem germanischen Recht habe der Kläger natürlich gleichfalls die Pflicht, die Existenz seines Rechts darzuthun, auch der Beklagte müsse aber eine dem wirklichen Recht entsprechende Entscheidung herbeiführen helfen, die Ehre gestatte es ihm nicht, sich auf ein bloßes Läugnen des Klaggrunds zu beschränken und den Beweis zu erwarten. Es sei Ehrensache für den Beklagten, seine Unschuld darzuthun, „daher nehme das ältere germanische Recht neben der Beweispflicht des Klägers auch eine Beweispflicht des Beklagten an und lege dem Kläger nicht ohne Weiteres den Beweis des Klaggrunds auf, sondern lasse, bevor es dazu komme, eine Untersuchung der Frage voraufgehen, ob der Beklagte für berechtigt gehalten werden könne, den Klaggrund zu läugnen und verurtheile denselben, wenn er nicht mindestens seine Unschuld eidlich erhärten und die erforderliche Anzahl von Eideshelfern, welche den Glauben an die Gerechtigkeit seiner Sache beschwören, herbeischaffen könne, oder auf ein Gottesurtheil provocire." Der Eid des Beklagten sei ein subsidiäres Beweismittel gewesen und habe sich von dem juramentum delatum darin unterschieden, daß der Beklagte ein Recht auf denselben gehabt habe, sich von dem Verdacht zu reinigen, „die Gemeinde aber eine solche Reinigung gefordert habe" und „daß nur derjenige zu dieser Reinigung zugelassen worden sei, der die erforderliche Anzahl von Eideshelfern von seiner Unschuld zu überzeugen vermocht hätte."

In dieser Darstellung des germanischen Beweisverfahrens ist nicht weniger als Alles irrig aufgefaßt. Dem Beklagten ist nirgends eine Beweispflicht auferlegt, die Gemeinde fordert die Ableistung des Reinigungseids nicht; der Beklagte braucht zu seinem Eid nicht unbedingt Eideshelfer zuzuziehen, keinesfalls mehr, als der Kläger beibringen müßte; der Satz, actore non probante reus absolvitur, gilt auch im deutschen

Proceß. Der hier interessirende Unterschied von dem römischen Beweisverfahren besteht neben anderen nicht zu berührenden Verschiedenheiten darin, daß der eigentliche Zeugenbeweis fast gar nicht vorkömmt, ein zusammengesetzter künstlicher Beweis nicht möglich ist, daher, wo Gerichtszeugniß oder Urkunden nicht vorliegen, Alles auf den Eid gestellt wird, und zwar wird dieser nicht deferirt, sondern von dem Producenten selbst, allein oder mit Eideshelfern, erbracht. Da auf diese Weise ein directer Gegenbeweis überall geführt werden kann, Beweis und Gegenbeweis aber, mit gleichen Mitteln erbracht, einander meist mit gleicher Stärke gegenüber stehen, ein Resultat also nicht erreicht werden würde, so mußte ein Ausweg ergriffen werden, und dieser bestand darin, daß man die eine Partei vor der andern zum Beweis zuließ und folgeweise, wenn der Beweis erbracht war, die andere mit ihrem Beweis ausschloß. Dadurch erschien nun der Beweis nicht als Pflicht, sondern als Recht[1]) und die wichtigste Frage für den Beweis ist, wer näher zum Beweis sei, d. h. wem im einzelnen Fall das Recht, eine von einer oder der andern Partei vorgebrachte Behauptung, beziehungsweise deren Gegentheil, zu beweisen, zustehe. Planck hat aus den oft scheinbar sich widersprechenden Bestimmungen das Princip herausgefunden: Näher zum Beweis ist der Angegriffene, d. h. derjenige, welcher behalten will, gegen denjenigen, der ihm abgewinnen will, — derjenige, welcher im Begriff ist zu verlieren, während der Andere gewinnt[2]), namentlich also der Besitzer, der um Schuld Beklagte und der eines Verbrechens

1) Dieß hat Planck, das Recht der Beweisführung, Zeitschr. f. d. R. B. X. S. 205 ff., vollständig erwiesen.

2) Planck a. a. O. S. 230, 232, 233. Dieses Princip wird in äußerst scharfsinniger Weise für die verschiedenen Klagarten durchgeführt.

Angeschuldigte. Hiernach braucht der Beklagte (oder der in Bezug auf einen einzelnen Punct sich als Angegriffener Herausstellende) den Gegner gar nicht zum Beweis kommen zu lassen; macht er aber von seinem Beweisrechte nicht Gebrauch, so hat er deßwegen noch nicht unterlegen, sondern erst, wenn der Gegner nun wirklich seinen Beweis führt; erbringt er ihn nicht, so kann eine Verurtheilung nicht erfolgen. Nach römischer und heutiger processualischer Ansicht kann man das Verhältniß ungefähr so bezeichnen: der Angegriffene hat das Recht auf die Priorität des directen Gegenbeweises [3]).

Gegen die Behauptung des Verfs., daß die Gemeinde vom Beklagten die Reinigung von einer Anklage fordere, kann, da er keinen Beleg für dieselbe beibringt, weiter nichts vorgebracht werden, als daß ein solcher Satz nie existirt habe [4]).

---

3) Vergleicht man diese Sätze mit den entsprechenden des römischen, beziehungsweise heutigen Beweisverfahrens und betrachtet auch hier nur den Eid als Beweismittel, so stellt sich heraus, daß man auch nach diesen zu denselben materiellen Resultaten gelangt. Der Producent beweist durch den Eid des Producten, die Rolle des Letzteren ist also die vortheilhaftere und jeder sucht den Beweis als Last auf den andern zu wälzen, sich aber den Vortheil des Eides zu verschaffen. Wenn der Product seinen directen Gegenbeweis mit dem Eid des Producenten führte, so ständen möglicher Weise zwei Beweise mit gleicher Kraft einander gegenüber; um dieß zu vermeiden, kann beim directen Gegenbeweis Eideszuschiebung nicht stattfinden. Zum Eid gelangt daher, wie im deutschen Proceß, der Angegriffene — der Unterschied ist nur, daß er allein dazu gelangt — nach deutschem Verfahren aber nur vor dem Angreifer. — Eine Aehnlichkeit bietet noch der nothwendige Eid. Dieser, mit welchem die Partei selbst beweist, kann nur von einer Seite geleistet werden. Wenn, was bei seiner Natur vorerst entscheidet, der eine Beweis nicht schon stärker ist, als der entgegenstehende, auch aus der Glaubwürdigkeit und Sachkenntniß der Parteien kein Argument gezogen werden kann, so wird schließlich der Angegriffene für näher zum Eid erklärt werden müssen. (Bayer, Verträge. 7. Aufl. S. 541.)

4) Vergl. oben S. 83 N. 12.

Man möchte wol fragen, wie der Verf. dazu gekommen sei, so völlig unbegründete Sätze aufzustellen. Ich glaube die Antwort gefunden zu haben in der „Anwendung dieser Grundsätze auf das Vindicationsverfahren," welche der Verf. folgen läßt. Das germanische Vindicationsverfahren wird hier nämlich zum Theil ganz richtig dargestellt, zum Schluß aber durch einen freilich allen Quellen widersprechenden Satz dem Ding eine solche Wendung gegeben, daß man daran verzweifeln müßte, das erwähnte Verfahren, wenn es wirklich so vorgegangen wäre, in irgend einer Weise zu rechtfertigen und den Erklärungsversuch des Verfs. allenfalls passiren lassen könnte. In diesem Satz soll nun auch der Gegensatz zwischen dem römischen und germanischen Princip besonders klar hervortreten, und die von dem Verf. gegebene Darstellung der Beweisregulirung besteht in Nichts, als einer Generalisirung des so entstellten Vindicationsverfahrens.

„Die streitige Sache muß er (der Beklagte) ohne Eigenthumsbeweis an den Kläger herausgeben," sagt der Verf. S. 191 mit dürren Worten. Alle Quellen, die von der Klage mit Anvang handeln, schreiben aber diesen Eigenthumsbeweis vor [5]); bis derselbe geliefert ist, behält auch der Be-

5) Sachsenspiegel II, 36 §. 4. of he sik dar to tüt uppe'n hilgen selve dridde vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten dat it ime düflike oder roflike geloset si. §. 7. Selve dridde sal he sik dar do tien de't anevanget hevet; of jeme burst wirt an deme geweren. — Rechtsbuch nach Distinctionen (Ortloff) IV, 9 Dist. 4. Z. 47 u. 66 enthält dieselben Sätze wörtlich. — Schwabenspiegel (Laßberg) 317 und sol jener dez ez da ist swern, daz ez im verstoln si oder geroubet. — Goslarsche Statuten (Göschen) S. 98 Z. 19 ff. We en gut beholden wel, dat he gheanevanghet heft, de schal spreken, do he dat gut nilkest seghe, dat it do sin were unde noch sin si: dat ime god also helpe unde de hilleghen. Dar na scollen twene bederve man sweren, dat de edh reyne

klagte, welcher seinen Beweis nicht hat erbringen können, die streitige Sache [6]. — Nur die Art der Darstellung in unsern Quellen läßt das Beweisverfahren bei der Vindication geraubter und gestohlener Sachen als besonders eigenthümlich erscheinen, während es sich, was die Stellung der Parteien betrifft, als dem römischen und modernen Recht ziemlich ähnlich darstellt. Der Kläger beweist hier wie dort sein Recht, der Beklagte hat den directen Gegenbeweis zu führen. Dieser gestaltet sich hier wie dort nach der Erwerbsart, welche der Reproducent für das Recht an der Sache behauptet, verschieden; die Verschiedenheit ist nichts weniger als eine germanische Eigenthümlichkeit. Betrachten wir die drei Fälle, welche der Sachsenspiegel aufstellt. Auch nach römischem und heutigem Recht kann der Beklagte den originären Erwerb zum Gegenstand seines Beweisthemas nehmen (resp. derselbe wird ihm seinem Vorbringen gemäß heut zu Tage so formulirt); erbringt er diesen, so obtinirt er. Behauptet er derivativen Erwerb, so genügt das Vorbringen und der Beweis, daß er die vindicirte Sache gekauft habe, nicht; beweist der Kläger sein Recht, so wird ihm die Sache zugesprochen. Der Beklagte wird nur dann siegen, wenn er auch das Eigenthum seines Autors und beziehungsweise seiner Autoren behauptet und erweist. In dem ersten und zweiten Fall stimmt der Sachsenspiegel völlig überein, nur daß er im ersten Fall den Kläger erst zum Beweis kommen läßt, wenn der Beklagte seinen Beweis nicht erbracht hat, da er im andern Fall ganz unnütz ist. Andere Quellen lassen den Kläger sein Recht gleich Anfangs beweisen. Im dritten Fall wird aber dem Beklagten gar nicht der Beweis des Eigenthums seines Autors

---

si unde unmenedich: dat in god alſo helpe unde de hilleghen. S. 99 Z. 12. of jene sich dar to te alse hir vor ghesproken ist. S. a. Z. 19.

6) Sachsensp. II, 36. §. 8.

aufgelegt, sondern, bekennt sich dieser zur Autorschaft, so hat der Kläger nun mit ihm weiter zu processiren. (Etwas Aehnliches liegt in der römischen litis denunciatio. Der Beklagte wird durch dieselbe freilich nicht dem Kläger gegenüber frei, materiell aber ist er dem Autor gegenüber gerade so gestellt, wie nach deutschem Recht: dieser hat ihn zu vertreten und wird ihm im Fall des Unterliegens ohne Weiteres haftbar.) Folge dieses Satzes ist, daß der Kläger dem Beklagten zum Autor folgen muß. Der Eid des Beklagten, „dat he't tie to rechter tücht" ist ein Calumnieneid vom reinsten Wasser. Daß die nominatio auctoris bis zu demjenigen geht, welcher originären Erwerb behauptet, ist Folge der dem deutschen Recht mangelnden Usucapion [7]).

Zum Schluß des Paragraphen bringt der Verf. noch eine weitere Verschiedenheit in Betreff des Beweises vor. Das römische Recht käme dadurch, daß es für Alles vom Kläger festen juristischen Beweis fordere, dahin, auch solche Beweise zu fordern, welche factisch in der Regel nicht erbracht werden könnten, z. B. bei allen Schadensforderungen den Beweis des wirklich erlittenen Schadens oder bei der actio redhibitoria den Beweis, daß das kranke Thier schon zur Zeit des Verkaufs an dem bestimmten Fehler gelitten habe. Da diese Beweise oft gar nicht zu führen seien, so werde der Kläger trotz der Gerechtigkeit seiner Sache abgewiesen. Das germa-

7) In dem Sachsenspiegel und den anderen Quellen wird die Vindication nicht allein, sondern zugleich die Frage erörtert, ob eine Anschuldigung des Diebstahls möglich sei. Gegen diese sichert der in Betreff der Vindication unerhebliche Beweis des Gekauftseins der Sache schlechthin. Im dritten Fall sichert das sich zur Sache Bekennen des Autors ebenfalls; läugnet dieser die Autorschaft, so ist die Anschuldigung möglich und der Beklagte muß sich von ihr besonders losschwören, ohne daß dieses Losschwören auf die Vindication von Einfluß ist.

nische Recht könne solche Beweise nicht billigen und Particularrechte fixirten daher oft Entschädigungsforderungen durch Aversionalsummen oder ließen dieselben nach Erkenntniß guter Leute bestimmen, und erklärten bei der actio redhibitoria den Beweis für genügend, daß innerhalb einer bestimmten Zeit nach dem Verkaufe der Fehler sichtbar geworden sei u. s. w.

Jedes Recht kennt ursprünglich genau fixirte oder in bestimmtem Verhältniß zu einem andern Werthe festgesetzte Strafsummen [8]). Je innerlicher das Recht wird, desto mehr verläßt es diese formelle Schadensbestimmung und kömmt zum System des Ersatzes des wirklich hervorgebrachten Schadens. So stellt das römische Recht in den XII Tafeln bestimmte Strafsummen für Injurien, Körper- und manche Arten der Eigenthumsverletzungen auf, so begünstigt es die vorläufige Fixirung des Schadensersatzes durch Stipulationen u. s. w. Hat man ja doch in neuster Zeit versucht, dem ältern Recht die Möglichkeit der subjectiven Aestimation ganz abzusprechen und als herrschendes das System der indirecten Befriedigung des Interesses bezeichnet [9]). Mag man hierin auch zu weit gegangen sein, so ist doch so viel sicher, daß das neuere Recht an die Stelle der alten absoluten Aestimation vielfach die concrete setzt, so namentlich bei Injurien. — Auch das germanische Recht kennt anfänglich nur die objective Aestimation, auf welcher sein Criminalrecht beruht. Das spätere Recht

8) „Es würde verkehrt sein, die Gesichtspuncte der Strafe und des Interesses für das ältere Recht in einen ausschließlichen Gegensatz sich gegenüber zu stellen. — — Vom Standpunct des Beklagten aus stellt sich das, was er leistet, als eine Strafe dar, von dem des Klägers aus als eine Satisfaction im weitesten Sinne, d. h. eine Genugthuung sowol für die persönliche Kränkung, die in der Rechtsverletzung lag, als für seinen materiellen Verlust.“ Ihering a. a. O. II. S. 117.

9) Ihering a. a. O. II. S. 110.

verläßt diesen Standpunct und gelangt zur concreten Taxation, welche z. B. schon im Sachsenspiegel anerkannt ist. Spuren der alten Auffassung blieben vorhanden, wie dieß nicht weniger im römischen Recht der Fall ist. — Die in Betreff der actio redhibitoria von dem Verf. erwähnten Particularsätze erinnern in ihrer Uebereinstimmung mit Rechtssätzen aus den Volksrechten ebenfalls an die ältere formellere und rohere Auffassung. Wer, von der inneren Gerechtigkeit absehend, das hauptsächliche Gewicht darauf legt, daß die Rechtssätze so eingerichtet sind, daß überall der Beweis leicht und einfach[10]) ist, der wird immer das ältere rohere Recht dem neueren ausgebildeteren vorziehen müssen. Diese Auffassung ist keineswegs die des Verfs., es ist deßwegen auch von seinem Standpunct aus inconsequent, die angezogenen Particularsätze rühmend hervorzuheben.

Vergleicht man das römische und deutsche Beweisverfahren mit einander, so finden sich allerdings die bedeutendsten Unterschiede, unbedingt aber muß man, auch wenn man sich ganz auf den Standpunct des Verfs. stellt, das römische als das vorzüglichere erklären. Der Vorzug liegt in der unbedingten Anwendung des Zeugenbeweises, welche die Partei von der Abhängigkeit von dem Eid des Gegners befreit, und in der Möglichkeit des zusammengesetzten Beweises, überhaupt in der Freiheit von formeller Einengung. Wenn auch im übrigen Verfahren der römische und deutsche Proceß einander, was den Formalismus betrifft, wenig nachgeben mögen, so ist es doch gewiß, daß die Freiheit des römischen Beweisverfahrens sowol in der Wahl der Beweismittel, als in der richterlichen Beurtheilung größere Garantien für die Erbrin-

10) Nur darum handelt es sich; denn der Beweis auch des concreten Schadens ist immer möglich, wenn auch schwierig.

gung der materiellen Wahrheit bietet, als der deutsche Formalismus. Die Verwerflichkeit des letztern wurde selbst vor der Reception des römischen Rechts in Deutschland, namentlich in den Städten, erkannt und man wandte sich mehr und mehr von ihm ab. — Ein Zusammenhang des deutschen Beweisverfahrens mit den Ansichten über Ehre existirt aber überall nicht.

Zweiter Theil.

Die Verschiedenheit des römischen und germanischen Privatrechts.

Erster Abschnitt.

Das Familienrecht.

---

§. 20.

Princip des Familienrechts. Väterliche Gewalt.

Im Familienrecht findet der Verf. die Verschiedenheit der Grundprincipien des römischen und deutschen Rechts in prägnanter Weise ausgesprochen. Das germanische Familienrecht, führt er aus, ist ganz einfach auf die sittlichen Beziehungen unter den Familiengliedern basirt, indem die sittlichen Pflichten der Letzteren gegen einander zu Rechtspflichten erhoben sind. Die allgemeine sittliche Pflicht der Menschen nämlich, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, erhält durch die Blutsverwandtschaft den Character einer besonderen Pflicht, indem diejenigen, welche durch natürliche Bande sich einander näher stehen, auch den nächsten Beruf zur gegenseitigen Hülfe und Unterstützung haben. Innerhalb der Familie begründet „daneben" das Verhältniß des Manns

zum Weib, der Aeltern zu den Kindern noch besondere sittliche Beziehungen und Pflichten, indem der Mann als der Stärkere der natürliche Schützer und Vertreter des Weibes ist und die Aeltern die natürlichen Schützer und Erzieher der Kinder sind, und das natürliche Resultat dieser Beziehungen ist, daß dem Mann als dem Haupt der Familie die Herrschaft des Hauses zufällt, daß aber diese Herrschaft, dem höheren sittlichen Zweck des ganzen Verhältnisses entsprechend, ihrem Begriff und Wesen nach nichts Anderes als ein Vormundschaftsrecht ist.

Die römische Auffassung dagegen geht vom Zustand der natürlichen Freiheit aus. In diesem existiren zwar die Beziehungen der Familienglieder und die daraus entspringenden Pflichten auch, dieselben sind aber rein sittlicher Natur; rechtlich steht der Einzelne seinem Vater, seinem Weib, seinen Kindern und übrigen Verwandten gerade so fremd und pflichtlos gegenüber, wie jedem andern Menschen. Dagegen besteht zwischen Mann und Weib, Vater und Kindern aus einem andern Grund ein Rechtsverhältniß. „Vermöge seiner natürlichen Freiheit hat der Mensch das Recht, Andere seiner Gewalt zu unterwerfen und der Mann erwirbt vermöge seiner größeren Stärke die Herrschaft über das Weib und theils aus demselben Grunde, theils schon durch den in der procreatio liegenden Willensact die Herrschaft über die Kinder. Daher ist auch in diesem, lediglich in seiner äußeren Erscheinung der auf dem natürlich sittlichen Grund erwachsenen engeren Familiengemeinschaft ähnlichen Verhältniß das Recht des Manns und Vaters nicht ein sittlich beschränktes, sondern gleich dem über jedes andere erbeutete Object ein absolutes und mit dem Eigenthum seinem Begriff und Ursprung nach identisches, so daß Weib und Kinder rechtlich unter den Begriff von Vermögensobjecten fallen. An diesen Verhältnissen wird durch die

Gründung des Staats nichts geändert. Von einem eigentlichen Familienrecht in unserm Sinn des Worts kann daher bei den Römern keine Rede sein. Das Wort familia bezeichnet bei den Römern nichts Anderes als das Vermögen des Menschen, das eben nichts Selbstständiges, neben ihm Bestehendes, sondern nur eine Erweiterung seiner Persönlichkeit ist.

Im §. 21 wird unter Nr. I die verschiedene Behandlung des Verhältnisses zwischen Vater und Kindern noch besonders berührt. Von den Germanen werde die väterliche Gewalt von vornherein als Vormundschaft aufgefaßt, welche mit der Selbstständigkeit der Kinder aufhöre. Die Ausübung des Erziehungsrechts stehe unter der Oberaufsicht des Staats, der durch Schulzwang für den gehörigen Unterricht der Kinder sorge und im Fall des Mißbrauchs der väterlichen Gewalt einschreite. Das den Kindern zugefallene Vermögen gehöre denselben und werde von dem Vater nur wie von einem Vormund verwaltet.

Nach römischer Auffassung habe der Vater ein dem Umfang und Inhalt nach unbegränztes Recht über die Kinder, wie über die Sclaven. Die Kinder seien bloße Vermögensobjecte, welche juristisch in der Person des Vaters aufgingen. Der Vater sei berechtigt, sie zu tödten, zu verkaufen, erwerbe alles ihnen zugefallene Vermögen und sein Recht ende nicht mit der Selbstständigkeit des Kinds, sondern nur durch freiwillige Aufgabe und Tod. Folgt die gewöhnliche Gegenüberstellung der Sitte, welche allerdings einen Unterschied zwischen Kindern und Sclaven gemacht habe, die Erwähnung der indirecten staatlichen Einwirkung durch die Censur und die Behauptung, daß erst christliche Kaiser durch singuläre Bestimmungen die schärfsten Consequenzen der alten Sätze beseitigt hätten, nachdem schon früher die überall privilegirten Soldaten eine Ausnahme erwirkt hätten.

In der Sitte jedes Volks ist die Familie als die engste und innigste Verbindung anerkannt. Dieselbe beruht auf einer so rein menschlichen Anschauung, daß die verschiedenen die Besonderheit der nationellen Auffassung bedingenden Momente auf dieselbe nur in sehr untergeordneter Weise einwirken. Bei allen Völkern, die in dem ersten Stadium der staatlichen Entwickelung stehen, erscheint sie als eine die gesammte Persönlichkeit umfassende Verbindung, die somit einen gleichen Inhalt hat. Erst die weitere Entwickelung der Staatsidee und des Rechts beschränkt und modificirt den Inhalt. Da diese Entwickelung aber in den verschiedenen Staaten in verschiedener Weise erfolgt, so wird der durch dieselbe modificirte Inhalt der Familie auch in den einzelnen Staaten als verschieden sich darstellen. Gemeinsam allen Rechten ist der Gang, daß diejenigen sittlichen Normen, welche ursprünglich lediglich durch die Familie realisirt wurden, mehr und mehr dem Staate zur Realisirung überwiesen — Rechtssätze werden.

Die ursprünglichste Form einer jeden staatlichen Verbindung ist der s. g. Geschlechterstaat. Nicht das einzelne Individuum ist Glied des Staats, sondern die Vereinigung derjenigen Personen, die sich ihres gemeinschaftlichen Ursprungs bewußt sind und die darauf beruhende Gemeinschaft fortwährend realisirt haben — die Familie im weiteren Sinn. Alle Verhältnisse in ihrer Mitte regelt aber das durch den Staat (d. i. rechtlich) als Individuum betrachtete Geschlecht für sich. — Innerhalb des Geschlechts findet sich noch eine engere Verbindung, die Familie (im engeren Sinn). Diese beruht auf der sittlichen Einheit zwischen Erzeugern und Erzeugten, welche in dem Zusammensein dieser realisirt ist [1]). Die Staats-

1) Das Volk ahnt seinen gemeinschaftlichen Ursprung, das Geschlecht kennt denselben, die Familie hat ihn vor Augen.

idee entwickelt sich, heißt: der Staat realisirt eine größere Anzahl sittlicher Normen. Es kann dieß im Geschlechterstaat nur dadurch geschehen, daß der Staat die Realisirung solcher Normen übernimmt, welche bisher durch das Geschlecht und innerhalb desselben realisirt wurden. Dadurch ist aber auch das Geschlecht als die gesammte Persönlichkeit umfassende Verbindung aufgehoben, und da auf der einen Seite der erstarkende Staat, auf der andern die Familie (im engeren Sinn) die Realisirung sämmtlicher bisher durch das Geschlecht zu realisirenden Normen leicht übernehmen können[2]), so hört die Nothwendigkeit seiner Existenz auf, und kurze Zeit, nachdem der Staat sich in seine Functionen eingemischt hat, verschwindet daher das Geschlecht als Mittelglied zwischen Staat und Familie fast völlig. Glieder des Staats sind nur die Familien. Aber auch auf sie übt der erstarkende Staat bald seinen Einfluß aus. Die Wirkung dieses Einflusses kann jedoch nicht so weit gehen, als die auf das Geschlecht, denn der Staat auch in seiner höchsten Ausbildung ist nicht im Stand, die durch die Familie realisirbaren Normen zu realisiren. Jeder Staat muß daher die Familie als einen in ihm bestehenden Kreis, der gewisse Normen in und durch sich selbstständig realisirt, anerkennen, und selbst geträumte Systeme einer staatlichen ausschließlichen Allmacht sind genöthigt, die Familie, wenn auch in beschränkter Competenz, bestehen zu lassen, oder ein künstliches Surrogat für dieselbe zu schaffen.

Ebenso, wie der ursprüngliche Inhalt der Familienverbindung überall ein gleichmäßiger ist, ist es auch die Organisation derselben. Die Familie ist natürliche Monarchie, der

2) Dieß ist nicht so zu verstehen, als hätte die Familie im engeren Sinn nicht auch schon während des Bestehens des Geschlechtsverbands selbstständig Normen zu realisiren; durch die Aufhebung des Geschlechtsverbands vergrößert sich nur ihre Competenz.

Hausvater hat die Familienmacht in Händen, er zunächst realisirt die durch die Familie zu realisirenden sittlichen Normen. Die andern Familienglieder sind aber darum nicht von seiner Willkür abhängig, sondern diese ist durch die Familiensitte beschränkt. Diese Organisation verändert sich auch keineswegs im Laufe der Zeit. Die scheinbare Veränderung derselben ist nur ein Beschränken des Inhalts der Familie durch den Staat, in Folge wovon natürlich auch die Competenz des Organs derselben beschränkt erscheint. Soweit aber jene Beschränkung nicht vorhanden ist, soweit ist die Competenz desselben unbeschränkt.

Der Einfluß des Staats auf die Familie ist sowol ein directer, als ein indirecter und dieser geht regelmäßig jenem vorher und bedingt ihn. Direct ist er dadurch, daß der Staat die Realisirung einzelner Normen der Competenz der Familie, resp. der ausschließlichen Competenz entzieht und er kann dazu namentlich durch die Anschauung von der nothwendigen Competenz des Staatswillens veranlaßt werden [3]. Indirect aber wirkt der Staat dadurch ein, daß, je stärker der Staatsbegriff durchdringt, je ausgedehnter und wirksamer mithin der Rechtsschutz wird, das Bedürfniß des gegenseitigen Schutzes der Familienglieder abnimmt; je mehr der Verkehr unter dem Schutze des Staats sich hebt, desto stärker auch das Streben der einzelnen Familienglieder nach selbstständiger Thätigkeit hervortritt, dadurch aber das Familienband selbst gelockert wird [4]), d. h. daß der allgemeinen Ueberzeugung nach ge-

---

3) Hierher wird namentlich die Criminaljurisdiction über abhängige Familienglieder neben der Familienzucht zu rechnen sein.

4) Aeußere Umstände, allgemeiner sittlicher Verfall können in einzelnen Zeiten zur Lockerung der Familienbande beitragen. Diese Einwirkungen sind aber immer nur temporär. Dauernd ist nur die indirecte Einwirkung des Staats.

wisse Normen nicht mehr oder nicht mehr ausschließlich durch die Familie zu realisiren sind. Soweit nun der Staat fähig ist, diese Normen selbst zu realisiren, greift er ein, d. h. erhebt er sie zu Rechtssätzen. Daher finden wir in jedem Rechte in späteren Zeiten eine größere, in früheren eine geringere Anzahl von Rechtssätzen, welche sich auf die Verhältnisse innerhalb der Familie beziehen. —

Rom hat in der Zeit, von welcher wir genauere Nachricht haben, die Periode des Geschlechterstaats überschritten; aber auch die Familien bildeten nicht mehr die eigentlichen Staatsglieder. In der Stellung zu sich selbst (in publicistischer Beziehung) erkannte der Staat die Individuen ohne Rücksicht auf ihre Stellung in der Familie an; nicht mehr der pater familias allein als Repräsentant der Familie, sondern auch der filius familias war civis und konnte seine Civität geltend machen. In allen andern Beziehungen aber erkannte der Staat die Familie im engeren Sinn als ein Ganzes an, welches von der Sitte der Realisirung der Familie überwiesene Normen in sich und ohne Zuthun des Staats realisirt.

Während überall sonst, wo der Staat Sittensätze anerkannte, diese zu Rechtssätzen umgeschaffen wurden, dadurch aber oft eine ganz andere Gestalt erhielten und lediglich in dieser Gestalt zur rechtlichen Berücksichtigung gediehen, ist dieß in Betreff der Stellung des Vaters zu den Kindern nicht geschehen. So, wie diese in der Sitte begründet war, ward sie staatlich anerkannt. Nur die Verhältnisse, in welche die Familie oder Glieder derselben mit außerhalb der Familie stehenden Personen treten, wurden rechtlich festgestellt, immer aber mit Beziehung auf die in dem Innern der Familie geltenden Sittensätze — um diese selbst aber, ihre Formulirung und Realisirung bekümmerte sich das alte Recht, mit einer einzigen Ausnahme, nicht. Die patria potestas ist in ihrer

Richtung nach innen kein Rechtsinstitut. Hält man diese Auffassung streng fest, so erklärt sich das Wesen der patria potestas in seinem ganzen Umfang. Aber auch nur dadurch gelingt eine genügende Erklärung; alle Versuche einer juristischen Construction müssen von Anfang an als unfruchtbar erscheinen. Wie man es auch versucht, der patria potestas einen bestimmten rechtlichen Inhalt zu geben, man kann nie oder nur in sehr gezwungener Weise zu einer consequenten Durchführung der aufgestellten Sätze gelangen, immer ist es das eigenthümliche Substrat, welches Modificationen verlangt. — Hat man das Verhältniß juristisch construirt, so verwahrt man sich auch wol dagegen, daß der aufgestellte rechtliche Begriff der sittlichen Auffassung der Römer in der Art entsprochen hätte, daß die in der patria potestas liegenden Rechte auch wirklich ausgeübt worden seien, daß die Rechtlosigkeit des filius familias im Leben hervorgetreten sei. Die Sitte sei hier mildernd eingeschritten und habe den Mißbrauch der Rechte des Vaters gehindert. — Man findet in dieser Opponirung der sittlichen und rechtlichen Befugniß nichts Anstößiges, man fragt nicht, ob es denkbar sei, daß eine der sittlichen widersprechende rechtliche Anschauung nur entstehen konnte, obgleich die Träger, resp. Schaffer der Sitte dieselben, wie die des Rechts waren. Weil unser heutiges Gesetzesrecht oft dem sittlichen Bewußtsein des Volks widerspricht, so läßt man einen solchen Widerspruch auch ganz ruhig für die älteste Zeit zu, ohne sich um die Ursachen des heutigen Widerspruchs, richtiger, um die Bedingungen der Möglichkeit eines solchen weiter zu bekümmern [5]). Der Verf.

5) Dieß Argument ist natürlich nicht gegen den Verf., welcher ja gerade den Widerspruch von Sitte und Recht bei den Römern als principiell deduciren will, gerichtet, sondern gegen diejenigen, welche, den Zusammenhang zwischen Sitte und Recht im Allgemeinen aner-

macht es sich sehr leicht; er stellt die Ansicht von dem dominium des Vaters an den Söhnen einfach hin, ohne sich um die hiernach unerklärt bleibenden Sätze zu kümmern, daß das väterliche Recht nicht wie jedes andere aufgegeben werden, daß der Vater die Kinder nicht zu Sclaven verkaufen könne u. s. w.

Versuchen wir nun die Rechtfertigung der oben aufgestellten Sätze.

Wie jedes Volk erkennt auch das römische als Aufgabe der Familie die Sorge für das sittliche Betragen ihrer Glieder, sie übt deßwegen eine Zucht aus, nicht aber handelt sie dabei in ihrer Gesammtheit, sondern durch ihr natürliches Oberhaupt (s. o.), den Vater. Die Zucht ist eine unbegränzte; bei schwereren Vergehen kann sie so weit gehen, daß das Kind in die Fremde gestoßen oder getödtet wird. Geht man aber die einzelnen Fälle, in welchen von einer Anwendung eines extremen Zuchtmittels referirt wird, durch, so zeigt sich immer der Gesichtspunct festgehalten, daß der Vater eine ihm obliegende Pflicht ausübt, nicht einen Act der Willkür, denn wenn es in seiner Willkür stände, zu strafen oder nicht, so würde ihn die väterliche Neigung veranlassen, nicht zu strafen. Deßwegen wird der Vater, der straft, gelobt; der Erzähler schaudert vielleicht vor der Strenge der Gesinnung, die sich durch die väterliche Neigung nicht beirren läßt, aber er bewundert sie als hohe, nachahmenswerthe Tugend. Nirgends findet sich eine Spur, als sei die Züchtigungsbefugniß als Ausfluß der durch den Zeugungsact oder die Stärke begründeten willkürlichen Herrschaft über den Gezeugten oder Schwächeren [6]) angesehen worden. Ueberall, wo uns Fälle der äußersten Züchtigung erwähnt werden, wird von einem condemnare,

---

kennend, doch so häufig und namentlich im Familienrecht denselben ignoriren.

6) Schmidt, S. 195.

animadvertere gesprochen und meist ist hervorgehoben, daß der Vater an seiner eigenen Ueberzeugung sich nicht genügen läßt, sondern Verwandte, Freunde, den Staat zuzieht, d. h. consultirt. Es liegt daher nahe, von Familiengerichten zu sprechen, den Vater als domesticus judex, als magistratus, als filii censor zu bezeichnen.

Wie verhält sich zu dieser väterlichen Zucht das Recht? Völlig passiv. Keines Rechtssatzes geschieht Erwähnung, in welchem das väterliche Zuchtrecht ausgesprochen wäre[7]. Nur des stärksten Ausdrucks desselben gedenkt das Recht da, wo es sich darum handelt, die durch den Vater auszuübende Familiengewalt zu definiren und sie in ihrer Totalität darzustellen. Es geschah dieß, wenn durch ein Rechtsgeschäft das sonst durch die Natur begründete Verhältniß geschaffen werden sollte, die Familie also in Verkehr mit außen trat — bei der Arrogation. Hier ließ man sich durch das Volk ausdrücklich die Anerkennung einer Befugniß geben, deren es, wo das Verhältniß eine natürliche Entstehung hatte, nicht bedurfte. Das Volk erklärte, daß es Handlungen, welche an sich ein Capitalverbrechen sein würden, nicht als solche ansehen wolle, wenn sie als Zuchtmittel gegen Familienglieder vorgenommen würden.

Man hat wol die Strafgewalt des Vaters als ihm vom Staat verliehen auffassen, wegen der Bezeichnung als domesticus judex, magistratus, censor den Vater als delegirten Richter darstellen wollen, der in der Ausübung seines Richteramts in bestimmter Weise beschränkt sei, namentlich ein Familiengericht zusammenrufen müsse. Die Irrthümlichkeit der

---

7) Des Dionys Erzählung (II, 26) von einem romulischen Gesetz hat nur den Werth, daß aus ihr geschlossen werden kann, daß die XII Tafeln darüber nichts enthalten haben, denn es geht aus dem Zusammenhang (Cap. 27) deutlich hervor, daß nur die Bestimmung über den dreimaligen Verkauf aufgenommen war.

letzteren Annahme zeigt sich dadurch, daß erzählt wird, der Vater habe es im einzelnen Fall nicht für nöthig erachtet, sich des Beiraths seiner Verwandten zu bedienen, daß ein anderes Mal der Senat als Beirath angegangen wird. Von einer Uebertragung der Jurisdiction durch den Staat ist aber nirgends eine Spur zu finden und die Ausdrücke judex, magistratus erklären sich genügend aus der Aehnlichkeit der Ausübung des Familienzuchtrechts mit der des öffentlichen Strafrechts. Pflegen doch auch wir heut zu Tage von Familiengerichten, von Ehrengerichten zu sprechen, da, wo die Familie, wo Standesgenossen sich der Form oder einiger Formen des gerichtlichen Verfahrens bedienen, um einen innerhalb ihrer Competenz liegenden Ausspruch als unbefangen und wohlüberlegt erscheinen zu lassen. Es ist eine anachronistische Auffassung, die zu einem solchen Erklärungsversuch hintreibt. Wer wird heut zu Tage den Vater, der dem Kind eine leichte körperliche Züchtigung zufügt, als judex delegatus ansehen? Jedermann wird die Befugniß dazu als eine aus dem älterlichen Recht naturgemäß hervorgehende betrachten. Der Socialist, welcher, vom Standpuncte seines Idealstaates unsere Zustände betrachtend, nur dem Staat oder dem Phalanster alle Erziehungsrechte zuweist, wird diese uns naturgemäß erscheinenden Rechte der Aeltern als solche negiren und sie nur als delegirte rechtfertigen können. So verfallen auch wir in den Fehler der Uebertragung unserer modernen oder der späteren römischen Ansichten in die altrömische Welt. Wo findet sich dort der Satz, daß alle Criminalgerichtsbarkeit vom Staat ausgehen müsse, wo findet sich unser Unterschied zwischen Züchtigung und Criminalstrafe dort anerkannt?

Eben so irrig ist es aber auch, das s. g. jus vitae ac necis mit der rechtlichen Befugniß zu identificiren, eine Sache, die im dominium steht, willkürlich zu vernichten. Nicht eine

unbedingte Macht erkennt das Recht als dem Vater zustehend an, sondern die durch das natürliche Verhältniß und die Sitte qualificirte väterliche, darum ist auch der Ausdruck patria potestas der technische, der adjectivische Zusatz drückt aber gerade die besondere Natur der Gewalt im Gegensatz zu der potestas patris aus, d. h. der an sich nicht bestimmten potestas, welche dem Vater zusteht. Patria potestas in pietate consistit, sagt ausdrücklich der Kaiser Hadrian und er nimmt daher seinen Entscheidungsgrund für sein Erkenntniß gegen den atrociter den Sohn tödtenden Vater. Garantien, daß der Vater immer der pietas gemäß handle, gewährte das alte Recht freilich nicht, ja es konnte dieselben nicht gewähren, eben weil es auch nicht das Recht der Zucht gegeben, sondern nur im Allgemeinen die Existenz der Familie anerkannt hatte und dieselbe alle inneren Verhältnisse selbstständig realisiren ließ. — Unser heutiges Recht gewährt dem Vater ein leichtes Züchtigungsrecht. Gewährt es damit zugleich Garantien gegen den Mißbrauch dieses Rechts? Vorausgesetzt, daß der Vater nicht ein stärkeres Leid zufügt, als wozu er berechtigt ist, gewährt das Recht dem Kind keinen Schutz, wenn es vom Vater, ohne einen Fehler begangen zu haben, Schläge erhält. Darum ist aber immer noch nicht vom Recht der Satz anerkannt, daß der Vater das Kind willkürlich prügeln kann. Indem das Recht den Satz aufstellt, daß der Vater ein beschränktes Züchtigungsrecht hat, erklärt es, daß es sich passiv verhalte in Betreff gewisser Handlungen, welche, nicht als Züchtigung aufgefaßt, als strafbare Eigenmacht erscheinen würden. Was bei uns für das beschränkte Züchtigungsrecht gilt, gilt im altrömischen Recht für das unbeschränkte.

Auch in Betreff des Vermögens faßten die Römer die Familie der sittlichen Anschauung gemäß als ein Ganzes auf.

So lange eine Familie besteht, werden Spuren der Anschauung vorhanden sein, daß das Vermögen den Gliedern der engeren Familie gemeinsam sei; je enger die thatsächliche Vereinigung der Familienglieder, je mehr die erwerbende Thätigkeit eine gemeinsame ist, um so prägnanter muß diese Anschauung hervortreten. Die römische Familie bildete aber ursprünglich eine enge Vereinigung, der ererbte oder vom Volk erhaltene Grundbesitz ernährte sie, und alle Glieder nahmen an der Bebauung Theil. Der häufige und kostspielige Kriegsdienst machte das Zusammenbleiben besonders nothwendig, denn nur dadurch war die Bebauung auch während der Kriegszüge gesichert [8]). Die Ausziehenden nahmen ihre Ausrüstung aus dem Familiengut und naturgemäß brachten sie das im Krieg Erworbene in dasselbe. Für den Zurückgebliebenen hatten die Ausziehenden Kriegsdienste geleistet; wenn jener also für Alle das Feld bebaute, so konnte er von diesen nicht Ersatz für seine Arbeit fordern. Erwerbungen anderer Art machte das Familienglied nicht leicht. Ab intestato konnte es bei Lebzeiten des Vaters nicht erben, testamentarische Erbschaften und Schenkungen spielen in der alten Zeit keine große Rolle (hierbei ist besonders das Verhältniß der uxor in manu zu berücksichtigen), Erwerb durch Vermiethen von Diensten oder Betreiben von Handwerken war nicht üblich — die Gemeinschaft des Erwerbs erschien daher keineswegs als Härte, sondern als vollkommen naturgemäß. Die Verwaltung des Vermögens ging von dem Haupt der Familie aus; der Vater wies den einzelnen Familiengliedern ihre Wirksamkeit zu. Gerade das, was uns heut zu Tage am meisten frappirt, daß der Inhaber der höchsten Staatsämter nicht freie Administration seines Vermögens hatte,

8) Setzte man doch vielleicht gerade aus diesem Grunde die Gemeinsamkeit oft auch über die Dauer der engeren Familie fort.

erschien den alten Römern als den Verhältnissen völlig entsprechend. Es lag darin für ihn weniger eine Beschränkung, als vielmehr der Vortheil, daß er fortwährend an dem Familienvermögen participirte, also weder nöthig hatte, seine Kräfte auf den Erwerb neuen Vermögens zu richten, noch sie für die Administration desselben zu verwenden.

Entsprach die Gemeinschaft des Lebens den gegebenen Verhältnissen, fand sie ihre Rechtfertigung in der Sitte, was Wunder, daß auch das Recht sie anerkannte. Das innere Verhältniß an sich kümmerte zwar das Recht nicht, aber das Familienvermögen wurde ja auch wichtig nach außen hin; es war nothwendig, daß bestimmt feststand, wer Subject desselben sei. In der Art und Weise dieser Bestimmung zeigte es sich aber, wie richtig das eigentliche Wesen der Familie aufgefaßt wurde. Der Paterfamilias verwaltete das Vermögen in höchster Instanz, er hatte zu bestimmen, wie weit das einzelne Familienglied am Genuß participiren, wie viel von den Einkünften verkauft werden sollte, ihn leitete dabei die Sorge für die Familie als Ganzes. Falsch wäre es daher gewesen, hätte das Recht die einzelnen Familienglieder als Subjecte des Vermögens auffassen und etwa ein condominium, eine rechtliche Gemeinschaft in Betreff der activen und passiven Forderungen construiren wollen. Dadurch nur konnte das rechtliche Verhältniß dem sittlichen genau entsprechen, daß der, welchem die Sitte die Disposition über das Familienvermögen zugewiesen hatte, nach außen hin als Subject desselben galt [9]). Stammte ja doch auch regelmäßig von ihm der Stock des Vermögens her. Die übrigen Glieder der Familie gelten aber darum dem Recht nicht für vermögensunfähig, sie können unbedingt erwerben, nur fällt ihr Erwerb dem Familienvermögen zu. Sie können sich ebenso auch verpflichten; da ihnen aber

9) Ueber die Anerkennung der Familiengemeinschaft im Erbrecht, s. u.

die Disposition über das Familienvermögen nicht zusteht, so kann die Verpflichtung auch nicht dieses Vermögen mindern, und da sie selbst, so lange sie der Familie angehören, kein eigenes Vermögen haben, so können diese Verpflichtungen so lange nicht rechtlich realisirt werden. (Ueber Delicts- und Peculiarschulden s. u.) — Wie der Hausvater im Innern der Familie disponirte, berührte das Recht nicht. Das Verhalten des Rechts ist aber in dieser Beziehung nicht nur in der Art ein lediglich passives, wie es in Betreff der Disposition der selbstständigen Privaten vorkömmt, sondern das Recht schließt principiell die einzelnen Dispositionsacte im Innern der Familie von seiner Cognition aus. Der Vater kann in der Familie kein Rechtsgeschäft vornehmen. Damit ist aber freilich nicht gesagt, daß innerhalb der Familie die Begründung begrifflich fester, dauernder Zustände nicht möglich gewesen wäre, sondern nur, daß diese nicht durch den Staat, vielmehr lediglich durch die Familie realisirt werden sollten, ja das Recht erkannte sie sogar als Familienzustände an und knüpfte an sie, soweit sie nach außen wirkten, selbst Rechtssätze.

Bei einem größeren Vermögen konnte es nämlich als zweckmäßig erscheinen, daß einem Sohn ein Theil desselben ohne Lösung der Familienbande übergeben wurde. Dieß mag namentlich dann stattgefunden haben, wenn der Sohn etwas durch eigene besondere Thätigkeit, die nicht als im Interesse der Familie vorgenommen gelten konnte, erwarb, oder wenn fremde Liberalität ihm mit Berücksichtigung seiner Persönlichkeit etwas zuwandte. Die Sitte betrachtete das Constituiren eines solchen „peculium“ jedoch nicht etwa als ein willkürliches Zuweisen der Verwaltung eines Theils des väterlichen Vermögens, welche eben nur auf der Fortdauer dieses Willens des Vaters beruhte und, sowie dieser Wille aufhörte, selbst zu Ende war, sondern als die Gründung eines selbstständigen

Verhältnisses, welches die Natur der Fortdauer in sich trug. Dasselbe wurde nicht sowol im Interesse des Vaters, als in dem des Sohns constituirt. Diese Auffassung wird schon durch die öftere Bezeichnung des peculium als velut oder quasi patrimonium bestätigt, ferner aber, und worauf größeres Gewicht zu legen ist, durch den Satz, daß, auch wenn der Vater unfähig zur Administration geworden ist, das peculium doch bestehen bleibt [10]), und dadurch, daß der Sohn an dem bei der Emancipation ihm nicht genommenen peculium ein Recht erhält [11]). Wie weit die Festigkeit dem Vater gegenüber reichte, ist uns unbekannt, es genügt aber auch, zu wissen, daß die begriffsmäßige Dauer des Verhältnisses der Sitte gemäß vom Recht anerkannt war. — Der Umfang der Befugnisse, welche in der Bestellung eines peculium lagen, ist ein ver-

10) Ulpian widerlegt in l. 7 §. 1 de peculio ausdrücklich die Ansicht, daß das peculium nur concedente domino bestehen könne, d. h. auf dem fortdauernden Willen des Herrn beruhe. Daß aber diese eigenthümliche Ansicht entstehen konnte, erklärt sich daraus, daß man die Frage nur mit Bezugnahme auf die Rechte Dritter behandelte und die actio de peculio nur auf diese Weise rechtfertigen zu können glaubte. — Daß hier vom Sclavenpeculium gehandelt wird, thut nichts zur Sache, da dieses mit dem Sohnespeculium gleich behandelt ist.

11) Beruhte das Haben des peculium auf der Fortdauer des Willens des Vaters, so wäre kein Grund vorhanden, warum das bisher Innegehabte nach der Emancipation in Eigenthum oder Usucapionsbesitz übergehen müßte, und zwar in Folge angenommener Schenkung. Die Nichtzurücknahme könnte doch nur als concludente Handlung angesehen werden, daß der Wille in derselben Weise, wie früher, fortdauern solle, das peculium würde also jetzt zum precarium, denn auch der sui juris kann die Sache eines Anderen auf Widerruf haben. Nach der aufgestellten Ansicht ist das non adimere nicht concludente Handlung, sondern nur Nichtzurücknahme des peculium, so lange die Befugniß dazu vorhanden war; das Innehaben des peculium wird jetzt, wo der Inhaber aus dem Familienkreis heraustritt, zu einem vom Volk anerkannten Innehaben, zu einem Recht.

schiedener, je nach dem modus der Constituirung. Von der gewöhnlichen Verwaltung wird die Disposition über die Materie und von dieser wieder die Befugniß zu liberaler Veräußerung unterschieden. — Stirbt der Inhaber des Peculium, so fällt das gesonderte Gut in die Gemeinschaft zurück.

Wenn nun auch das Recht consequenter Weise, so häufig die Peculien in Rom vorgekommen sein mögen, dieselben, soweit es sich dabei um das Verhältniß zwischen Vater und Sohn handelte, principiell ignorirte, so räumte es ihnen doch, wie bemerkt, einen Einfluß nach außen ein. So weit (quantitativ und qualitativ) nämlich der Haussohn Disposition über das Familienvermögen hatte, so weit konnte er dasselbe auch obligiren. Aber das Recht erkannte nicht nur die Bestellung der Peculien und deren Modalitäten, wenn es sich um die Rechte Dritter handelte, an, sondern selbst die zwischen den verschiedenen Familiengliedern abgeschlossenen Peculiargeschäfte.

So wie die Producte der Kräfte der Familienglieder, gehörten diese Kräfte selbst ebenfalls zum Familienvermögen. Auch sie konnten deßwegen zum Besten der Familie nutzbar gemacht werden, dadurch, daß sie gegen Aequivalent überlassen wurden. Am gerechtfertigtsten erschien dieß dann, wenn das Familienglied durch seine eigene unerlaubte Handlung dem Familienvermögen Schaden zufügte, indem es eine Delictsforderung Dritter gegen dasselbe begründete. Man übertrug hier die Kräfte des Familienglieds selbst dem Dritten, um das Forderungsobject abzuverdienen. Ueberlassung gegen wirklich dafür entrichtetes Entgeld [12]) mag nur in wenigen Fällen

12) Eine solche Ueberlassung wird als venditio bezeichnet, weil ein bestimmtes pretium dabei vorkam und sie unter der Form der mancipatio vorgenommen wurde. Sie ist aber entschieden nur als eine Ueberlassung auf bestimmte Zeit aufzufassen und würde von dem späteren Recht als locatio operarum behandelt worden sein. Zu dieser

als sittlich gerechtfertigt erschienen sein und die öftere Wiederholung galt für einen so schreienden Mißbrauch der väterlichen Administration, daß das Recht selbst dagegen einschritt. Aber auch hier ist es nicht eine directe Einmischung in der Art etwa, daß die Ueberlassung untersagt oder für unwirksam erklärt worden wäre, sondern das Recht erkannte einen dreimal an Fremde Ueberlassenen als der Familie nicht mehr angehörig und fand gerade hierfür seine Rechtfertigung in der thatsächlichen durch die Familie selbst vorgenommenen Entfremdung.

Eine Abweichung von dem aufgestellten Princip des passiven Verhaltens des Rechts ist es nicht, daß dasselbe Mittel gewährt, die Anerkennung der Familie zu erzwingen und zu diesem Zweck Klagen gegen dritte und gegen solche Personen, welche ihre Unabhängigkeit von der Familie behaupten, eingeführt hat. Es mußte dieß vielmehr aus der rechtlichen Anerkennung der Familie in ihrer Totalität nothwendig hervorgehen und auf etwas Weiteres als diese allgemeine Anerkennung geht ja auch die einzelne Klage selbst nicht. Eine Unterstützung in der Realisirung einer einzelnen Function der Familie ist nicht gegeben.

Man findet in der Dauer des Familienbands über gewisse Jahre hinaus eine besondere Härte. Diese Auffassung

---

Annahme nöthigt die Analogie der auf die Dauer des Abverdientseins der Strafsumme beschränkten Innehabung des noxae Gegebenen, namentlich aber die Bestimmung der 12 Tafeln über den dreimaligen Verkauf. Faßte man die venditio als eine dauernde Ueberlassung, so war der dreimalige Verkauf nur in dem ganz besonderen Fall möglich, wenn der Käufer zweimal so liberal gewesen war, den in mancipio Befindlichen frei zu lassen, und der Satz der 12 Tafeln hätte auch dann nur Effect gehabt, wenn der neue Acquirent ebenfalls wieder dieselbe Liberalität geübt hätte. — In die Sclaverei den Sohn verkaufen konnte der Vater nicht, denn er hatte ja nicht das Eigenthum an demselben. Als Zuchtmittel mag die Verstoßung in auswärtige Sclaverei vorgekommen sein.

ist aber nach zwei Seiten hin eine irrige. Einmal ist es, wenn man auch die Dauer des Familienbands für ungerechtfertigt hält, irrig, darin lediglich eine Härte gegen das Kind zu erkennen. Hieran ist die fehlerhafte Auffassung der patria potestas Schuld. Dann beruhen aber auch die Gründe, aus welchen man die Nothwendigkeit einer Beschränkung des Familienbands auf gewisse Jahre ableiten will, auf einer gänzlichen Verkennung der Bedeutung der Familie, wenigstens in der Jugend der Völker. Die Familie ist in diesen Zeiten kein Erziehungsinstitut, keine Kinderbewahranstalt, welche, wenn die Erziehung vollendet, die Kinder groß geworden, ihrer Functionen überhoben ist. Sie ist die natürlichste und sittlichste Vereinigung, die nebenbei allerdings auch zu bewahren und zu erziehen hat, aber darauf nicht beschränkt ist, sondern eben den ganzen Menschen, den jungen wie den alten, umfaßt und ihm seine sittlichen Zwecke realisiren hilft, die deßwegen als Ganzes thätig ist. Natürlicher Weise ist die Stellung des Familienhaupts zu den einzelnen Gliedern, namentlich auch nach der Verschiedenheit ihres Alters, eine verschiedene [13]) und die Sitte wird hier sogar ziemlich merkbare Verschiedenheiten feststellen; wo aber die Familie bestehen bleibt, da muß auch die naturgemäße Organisation derselben bestehen, dem Vater muß die Aufrechterhaltung der Zucht und die Verfügung über das Vermögen bleiben, das Recht kann sich natürlich um diese Unterschiede nicht kümmern, ebenso wenig als es sich, wo die patria potestas mit der Volljährigkeit aufhört oder eine andere Gestalt annimmt, um die gewiß noch größere Verschiedenheit der Behandlung des siebenjährigen und des vierundzwanzigjährigen Sohnes kümmert.

---

13) Eine solche Verschiedenheit ist uns aufbewahrt in Betreff des Verkaufs der Kinder. Der verheirathete Sohn soll nicht mehr verkauft werden können.

Unzerreißbar ist das Familienband ursprünglich, und hierin möchte ich das Hauptargument gegen die Construirung des Familienrechts als unbegränztes Recht des Vaters finden. Nur Töchter konnten als Ehefrauen in eine andere Familie übertragen werden. Als sich mit der Veränderung der Sitte das Bedürfniß fühlbar machte, das Band zu lösen, gab der eine Satz, mit welchem sich das Recht in das Innere der Familie gedrängt hatte — über den dreimaligen Verkauf — das Mittel dazu, dieß auszuführen. Der Consens des Sohnes aber blieb immer erforderlich, denn es handelte sich nicht um die Aufhebung einer Beschränkung, sondern um das Ausstoßen aus dem Familienkreis, um die Vernichtung der auch über die Dauer der Familie hinaus reichenden Agnation.

Dieß alte System der staatlichen Nichtintervention wird im Lauf der Zeit vielfach modificirt, die Stärke des Familienbands läßt nach, der Staat mischt sich auch in das Innere der Familie ein. Am frühesten geschah dieß in Betreff des Zuchtrechts. Zuerst schritt der Staat hier durch dasjenige Organ ein, durch welches er die Sitte als solche zu realisiren pflegte — durch die Censur. Schon aus den Zeiten der Republik werden uns aber einige Fälle berichtet, in welchen der Vater, der den Sohn getödtet hatte, vor Gericht gezogen wurde [14]). Aus der ersten Kaiserzeit ist namentlich der Urtheilsspruch Hadrians zu bemerken, in welchem er das väterliche Recht ausdrücklich als auf der Pietät beruhend erklärt [15]). Später wird dem Vater die Fähigkeit, stärkere Zuchtmittel anzuwenden, geradezu entzogen. Dieses Einschreiten war aber von viel geringerer Bedeutung als das nach der entgegengesetzten Seite. Die Fälle, daß der Vater auch bei

14) S. Ihering a. a. O. II. S. 220 N. 336.

15) L. 5 D. de lege Pompeja, vergl. auch l. 22 §. 4. D. ad legem Juliam de adult.

größeren Vergehen das Zuchtrecht ausübt, werden immer seltener, der Staat zieht auch die Familiensöhne regelmäßig vor sein Forum, oder, wie das von Tacitus [16]) einmal referirt wird, stellt bei der Uebergabe des Verbrechers an den Vater Bedingungen über die Strafe [17]). — In Betreff des Vermögens ist die rechtliche Individualisirung der Familienglieder in der Veränderung des Peculiensystems erkennbar. Die Ausdehnung des römischen Staats, die dadurch dem Einzelnen gebotene Gelegenheit, in den Provinzen sein Glück zu machen, der Umstand, daß der Soldat nicht mehr nach jedem kurzen Feldzug in's väterliche Haus zurückkehrte und bei der Eroberung reicher Provinzen große Beute erwerben konnte, ferner die Thatsache, daß mit dem Zuströmen großer Reichthümer in die Stadt auch Schenkungen und testamentarische Verfügungen zu Gunsten Fremder häufiger wurden — mußte dazu führen, daß sich über die Behandlung der Peculien im Innern der Familie gewisse gemeinsame Grundsätze ausbildeten; man ließ den Familiensöhnen eine fast unbeschränkte Disposition über das ihnen zur kriegerischen Ausrüstung gegebene und das im Kriege erbeutete Vermögen, man berücksichtigte selbst ihre an sich unwirksamen Verfügungen von Todes wegen, wie man die ebenfalls ursprünglich nicht rechtswirksamen Fideicommisse anerkannte; ähnlich ehrte man die Absicht der Mutter, der mütterlichen Verwandten und selbst Fremder, die ihrer Zuwendung an Haussöhne zu Grunde lag. Hatten diese Sätze in der Sitte Festigkeit erlangt, so lag es nahe, daß das Recht in seiner späteren Tendenz, auch die innerhalb der Familie

---

16) Annales XVI, 33.

17) Der in der späteren Kaiserzeit häufig vorkommende Verkauf war eine neu aufgekommene Ungehörigkeit, welche mit dem alten s. g. Verkaufsrecht nicht zusammenhängt. S. Zimmern, Rechtsgeschichte Bd. I. S. 670.

begründeten Verhältnisse seiner Cognition zu unterziehen, allmälig diese Sätze zu Rechtssätzen umgestaltete. So kam es dahin, daß in der Zeit, in welcher für uns die römische Rechtsbildung schließt, das alte Peculienrecht nur noch für das von dem Vater selbst erworbene Vermögen in Anwendung war. — Es verräth ein gänzliches Mißverstehen der consequent fortschreitenden Einmischung des Rechts in die inneren Verhältnisse der Familie, welche schließlich zu einem ganz neuen Rechtszustand führt, wenn der Verf. behauptet, „die Römer hätten an dem Begriff der väterlichen Gewalt (wie er ihn aufstellt) nicht nur bis in die neueste Zeit theoretisch, sondern auch bis zur Zeit der christlichen Kaiser practisch festgehalten, und erst unter diesen seien die schärfsten Consequenzen durch singuläre Bestimmungen beseitigt worden."

Bezeichnend für die übliche Behandlungsart beider Rechte ist die Art, wie man im Gegensatz zur patria potestas das väterliche Recht bei den Germanen construirt. Dort ein Urgiren des rechtlichen Moments ohne jede Berücksichtigung der Sitte, hier eine Identificirung des sittlichen Inhalts mit dem rechtlichen, ohne Frage nach der Möglichkeit der rechtlichen Realisirung desselben. Zu dieser Behandlungsart hat zum Theil die Beschaffenheit der deutschen Rechtsquellen veranlaßt. Der allgemeine Fehler derselben, die nicht prägnante Formulirung der Rechtssätze, verläugnet sich auch hier nicht. Besonderen Einfluß aber hat der Umstand gehabt, daß die alten Quellen fast ausschließlich die äußere Seite des Verhältnisses, wie es sich im Mundium als Vertretung des Sohns darstellt, berücksichtigen, aber auch dieses nicht umfassend darstellen. Diese scheinbare Lücke zu ergänzen, hat man zu Rückschlüssen aus späteren Zeiten oder zur Anwendung von Grund-

sätzen, die über die eheliche und verwandtschäftliche Vormundschaft aufgestellt waren, auf die väterlichen Rechte gegriffen. Beides ist aber nichts weniger als unbedingt gerechtfertigt, denn auch bei den Germanen tritt die Anfangs ausgeschlossene Einwirkung des Rechts auf die Familie immer stärker hervor, so daß das Vorkommen eines Satzes im späteren Recht nicht berechtigt, denselben auch schon im älteren Recht vorauszusetzen; die zweite Operation aber beruht auf einer irrigen Auffassung des Begriffs Mundium. In dem Mundium als dem Vertretungsrecht geht weder der sittliche noch der rechtliche Inhalt der Verhältnisse zwischen Vater und Sohn, Mann und Frau, agnatischem Vormund und Mündel auf, sondern Mundium ist nur die Bezeichnung für eine Seite dieser Verhältnisse. Dieß erkennt auch Kraut[18]) für das eheliche und väterliche Verhältniß an, allein es gilt ebenfalls für die Vormundschaft über Unmündige. Nur bei der Geschlechtsvormundschaft im engeren Sinn, in ihrer späteren Ausbildung, sowol nach deutschem als nach römischem Recht, geht der rechtliche Inhalt ganz in der Vertretung auf. Ferner aber hat auch das Mundium keinen fest bestimmten rechtlichen Inhalt, eben so wenig als das Gewaltverhältniß, welches von den Römern ursprünglich wol allgemein als manus, später als potestas bezeichnet wurde. König (Magistrat), Vater, Agnat[19]) und Ehemann sind hier, wie dort, Inhaber dieser Gewalt; der Inhalt ist überall Schutz- und Vertretungsrecht, resp. Pflicht. Die nähere Bestimmung des Schutzes und der Vertretung dem Umfang und den Bedingungen nach ergibt sich erst aus der Natur des Verhältnisses zwischen Schützer

18) Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. II. S. 345. 588.

19) Auch die tutela und die cura furiosi wird als potestas bezeichnet.

und Beschütztem. Kraut[20]) kömmt dadurch zu einem bestimmten Begriff, daß er, soweit das Mundium in der Familie vorkömmt, als Subjecte desselben überall einerseits das wehrlose Familienglied, andererseits die Familie selbst annimmt, welche durch ein wehrhaftes Glied vertreten werde. Diese Annahme einer Vertretung scheint mir aber keineswegs für den Vater und den Ehemann gerechtfertigt. Diese beiden stehen vielmehr dem Kind und der Ehefrau, welche beide erst durch sie der Familie zugeführt werden, aus eigenem Recht als Vater und Ehemann gegenüber; davon, daß dieselben als „Organe der ganzen Familie" angesehen worden seien, findet sich in den Quellen keine Spur. Diese lassen die Familie immer nur eventuell als Vertreterin eintreten, wenn der Vater oder der Ehemann nicht vorhanden ist. —

Wenn in den alten germanischen Rechtsquellen das Verhältniß zwischen Mündel und Familienvormund, zwischen Ehemann und Ehefrau Gegenstand rechtlicher Berücksichtigung ist, des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn aber fast nie gedacht wird, so erklärt sich dieß daraus, daß die ersteren Verhältnisse nach mehreren Seiten hin rechtlich realisirt werden konnten und realisirt wurden. Der agnatische Vormund war in der That ein Vertreter der sämmtlichen Verwandten, diese hatten eine Controle über ihn und konnten dieselbe rechtlich geltend machen; je entfernter der Verwandtschaftsgrad zwischen Vormund und Mündel war, desto wirksamer war das Recht der Verwandten und desto größer die Anzahl derer, welche gegen den Vormund auftreten konnten. Hinter der Frau stand der Vater oder die gesammte Familie derselben, welche fähig war, die Rechte derselben dem Ehemann gegenüber zu vertreten. Deßwegen war die Möglichkeit und das Bedürfniß

20) a. a. O. Bd. I. S. 62.

vorhanden, die betreffenden Rechte festzustellen. Das Verhältniß zwischen Vater und Sohn konnte das germanische Recht gar nicht bestimmen, sondern mußte es ebenso, wie das römische Recht lediglich der Sitte überlassen, schon aus dem äußerlichen Grund, weil eine Möglichkeit nicht vorhanden war, die Rechte des Kinds gerichtlich geltend zu machen [21]). Nur in Betreff des Mutterguts war es den Verwandten vielleicht schon in der alten Zeit möglich, aufzutreten, und dabei war es das eigene Interesse, welches sie wahrten. Höchstens wäre ein indirectes Einschreiten, wie das censorische, möglich gewesen, und auch dieß kaum vor Ausbildung der königlichen Gewalt. Aber auch ein solches findet sich in den alten Quellen nicht. — Kraut [22]) will freilich dem Sohn gegen den Vater einen allgemeinen Schutz in den mütterlichen Verwandten geben, aber sein Hauptargument besteht in der Berufung auf den oben widerlegten Satz, daß „ja auch die Gewalt des Vaters über die Kinder nach deutschem Recht nur eine Vormundschaft sei." Der einzige Beleg, welchen er für diese Vertretung aus der alten Zeit beibringt, sind die Worte des Tacitus [23]): Sororum filiis idem apud avunculum, qui apud patrem honor. Hierin kann aber wol schwerlich ein Beweis gefunden werden. Das weiter angeführte Goslarsche Erkenntniß [24]) sagt nur aus, daß die Verwandten der Frau gegen den Ehemann den Todtschlag derselben verfolgen. Wenn dort auch des Kinds Erwähnung geschieht, so scheint dieß deßwegen zu geschehen, weil der beklagte Ehemann die Legitimation der Verwandten der Frau zur Klage damit

21) Garantien gegen den Mißbrauch der väterlichen Rechte kannte das germanische Recht eben so wenig, als das römische.

22) a. a. O. Bd. I. S. 43.

23) Germania c. 20.

24) Abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. I. S. 40.

bestritten hatte, daß sein und seiner Ehefrau Kind als nächster Verwandter der Letzteren zur Klage berechtigt sei und das Urtheil ungeschickter Weise darauf eingeht. Das von Kraut hierbei angezogene edictum Rotharis 201. läßt das Kind ganz außer Betracht in Betreff der Klage gegen die Mutter, resp. der Uebertragung derselben an die mütterlichen Verwandten. Die citirten lübischen und hamburgischen Statuten sprechen nur von Beiziehung der Verwandten bei Theilung des Vaters mit den Kindern. So bleibt nur noch das kleine Kaiserrecht (II, 5) übrig, welches „des Vaters nächsten Freunden das Recht gibt, daß sie den Sohn scheiden von dem Vater, der aus eigener Schuld mit seinem Kind unfriedlich lebt." Abgesehen von dem verhältnißmäßig neuen Datum dieser Quelle beweist die Stelle deßwegen nicht, weil ausdrücklich von des Vaters Verwandten gesprochen wird.

Es wird uns berichtet, daß nach dem alten Recht der Vater das Kind habe tödten und verkaufen dürfen. Um die Beschränkung des väterlichen Rechts darzuthun, beruft man sich darauf, daß diese „Rechte" nur bedingt anerkannt gewesen seien. Ich folge hier wieder der Argumentation Kraut's [25]. Er erwähnt zuerst die Stelle aus der vita Ludgeri [26]. Hier ist aber die Beschränkung des Rechts, Neugeborene zu tödten auf die Zeit, ehe dieselben Speise zu sich genommen, gerade nur als religiöse und sittliche bezeichnet (contra religionis sectam — juxta morem paganorum). Die von der Großmutter Beauftragten getrauen sich nicht, ihr Gewissen zu beschweren, eine sonstige Gefahr wären sie nicht gelaufen, gerade das Nichterfüllen ihres Auftrags wagen sie nicht zu gestehen. Von der Ausübung eines Rechts kann hier auch gar nicht gespro-

25) a. a. O. Bd. I. S. 45.

26) Nach den drei verschiedenen Abfassungen in Grimm's Rechtsalterthümern S. 458 abgedruckt.

chen werden; das dominare in tota domo filii kann nach den drei verschiedenen Abfassungen nicht, wie Kraut will, als Begründung der ohnedieß ungerechtfertigten Ausübung des Rechts Namens des Sohns angesehen werden. — Weiter bezieht sich Kraut auf die Beschränkung des Verkaufs der Kinder. Hier handelt es sich aber nicht um die Ausübung einer Befugniß innerhalb der Familie, sondern um ein Rechtsgeschäft, welches außerhalb der Familie Kraft haben sollte (s. o. N. 12 a. E.). Im Allgemeinen wird dem Vater das Recht abgesprochen, seine Kinder in gewinnsüchtiger Absicht in Unfreiheit zu verkaufen, und nur im Fall ächter Noth zugestanden. Daß der Verkauf aber in diesem Fall rechtliche Wirkung hervorbrachte, spricht für die Stärke, welche man dem Recht des Vaters zuerkannte. Auch ist hierbei auf die oben berührte Fassung der deutschen Quellen Rücksicht zu nehmen, aus welchen man nicht mit derselben Sicherheit Schlüsse ziehen darf, wie aus den römischen, da sie häufig ein Verhältniß nicht lediglich seiner juristischen Natur nach in's Auge fassen, sondern von seiner thatsächlichen Erscheinung ausgehen.

Von allen leges barbarorum hat nur die lex Wisigothorum [27]) eine Strafbestimmung für den Fall der Tödtung des Kindes. Bei den Westgothen war aber auch der Grundsatz des ex officio Einschreitens des Richters bei Verbrechen anerkannt [28]). Das Stillschweigen der anderen Rechtssammlungen ist um so gewichtiger, als die Tödtung des Kindes schlechterdings nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über Tödtung beurtheilt werden konnte, indem zu einer Klage auf die Composition es an einem Kläger fehlte. Besonders wichtig aber sind diejenigen Stellen in einigen leges, welche die

27) L. VI. tit. V. c. 18.
28) L. Wisig. l. VI. tit. V. c. 14.

Verwandtentödtung besonders behandeln. So spricht edictum Rotharis 163. von dem Mord eines parens, setzt den Anfall des Vermögens des Mörders an die nächsten Verwandten, eventuell an den Fiscus fest, übergibt ihn selbst der arbiträren Bestrafung durch den König, erklärt aber das Wort parens mit: frater aut barbanus, quod est patruus, seu consobrinus. Die l. Alamann. 40. erwähnt die Tödtung des pater, patruus, frater, avunculus[29]), filius fratris, avunculi, patrui, der mater und soror, setzt fest, daß das Vermögen des Mörders confiscirt werde und er selbst poenitentiam secundum canones agat. Die l. Frisionum tit. XIX. bestimmt für die Tödtung des Vaters Verlust von dessen Erbschaft, für die des Bruders Zahlung des Wergelds an dessen Verwandte, eventuell an den König[30]). Die l. Ripuariorum tit. LXIX. setzt auf Tödtung eines proximus sanguinis[31]), sowie auf Incest Exil und Confiscation. — Es kann hier nicht ein zufälliges Uebergehen der Tödtung der Kinder durch den Vater angenommen werden, und der Schluß, daß eben dafür keine rechtliche Strafbestimmung existirte, ist um so mehr gerechtfertigt, als einige Bestimmungen über den Verwandten-

---

29) Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 715, hat in dem Abdruck dieser Stelle hier „filium suum" eingeschaltet. Ich habe diese Worte weder in den Ausgaben von Canciani, Georgisch und Walter, noch in den verschiedenen Texten und Varianten von Merkel gefunden.

30) Daß hierunter das Kind nicht mitbegriffen ist, ergibt eine Vergleichung mit den anderen Stellen.

31) Vergl. noch edict. Roth. 196, wonach zwar die anderen Verwandten ihr Mundium verlieren, wenn sie dem Leben des Mündels nachgestellt haben, nicht aber der Vater (und Bruder. Daß Letzterer ebenfalls erwähnt wird, ist nur ein Beleg dafür, daß nach langobardischem Recht auch das Mundium der Verwandten je nach der Person des Inhabers desselben einen verschiedenen Inhalt hatte). S. auch ed. Roth. 195. 197.

mord schon nicht mehr dem alten Strafrecht angehören, sondern öffentliche und kirchliche Strafen enthalten, welche auch gegen den Vater hätten erkannt werden können.

Ueber das Güterrecht wird uns aus der alten Zeit ebenfalls wenig berichtet. Die Kinder wurden vom Vater vertreten und waren unfähig, selbst Geschäfte abzuschließen. Der Vater hatte die Administration und Disposition über das Vermögen. Bei einigen Stämmen war er jedoch, wie durch seine anderen Verwandten, so durch die Söhne in der Veräußerung der Immobilien beschränkt; diese Beschränkung wurde aber erst practisch von da an, wo die Söhne selbst klagend auftreten konnten. Der Erwerb der Söhne fiel in das Familiengut, Sondervermögen hatten dieselben nicht. Bei den Westgothen nur wird von ihrem Recht an dem Muttergut gesprochen und obgleich die lex Wisigothorum keineswegs rein germanisches Recht enthält, so bin ich doch geneigt, ein solches Recht auch bei anderen Stämmen, wenigstens in Betreff der Immobilien, anzunehmen. — Einen Rechtsact, durch welchen der Sohn aus der Familie austrat, gab es nicht. Schon in den frühesten Zeiten scheint es aber häufig vorgekommen zu sein, daß der erwachsene Sohn von der Familiengemeinsamkeit sich trennte, und es entsprach dieß gewiß eben so sehr den vorhandenen Verhältnissen, als das in Rom übliche Zusammenbleiben. Der nicht mehr unter den Augen des Vaters lebende Sohn war der Zucht desselben entrückt. Ob er auch von dem Recht am Familienvermögen ausgeschlossen war, richtete sich wol danach, ob er von dem Vater schon seinen Theil erhalten hatte oder nicht, beziehungsweise danach, ob andere Söhne beim Vater zurückgeblieben waren. Thatsächlich aus der Gemeinschaft getreten, erwarb er für sich und vertrat sich selbst. Rechtlich war er nicht aus der Familie getreten, nur diejenigen Rechte hatte er verloren, die er speciell aufgegeben. —

Man stellt eine Reihe von Fragen auf: Wann hörte das väterliche Recht auf, mit der Volljährigkeit oder mit der Absonderung? Konnte auch der Minderjährige abgesondert werden und gingen auch dann die väterlichen Rechte unter? Fällt Absonderung und aus dem väterlichen Hause Scheiden zusammen? u. s. w. Die alten Quellen geben keine Antwort, und eine Antwort ist wol auch kaum zu geben. Für die verwandtschaftliche Vormundschaft hat die Volljährigkeit Bedeutung, für die Stellung des Vaters zu den Kindern in dem alten Recht sicherlich nicht. Der Auffassung dieses Rechts entspricht es, daß das thatsächliche Verlassen des väterlichen Hauses den Endtermin der väterlichen Rechte bildet. Die Tochter wird entweder in die Familie ihres Ehemanns übertragen oder bleibt zeitlebens im väterlichen Haus, im Genuß des Familienguts und unter der väterlichen Zucht.

Vergleicht man hiernach den Inhalt des Verhältnisses zwischen Vater und Kindern nach altrömischem und nach altgermanischem Rechte, so stellt sich eine principielle Verschiedenheit sicherlich nicht heraus: in beiden strenger Anschluß an die Sitte, resp. unbedingte Anerkennung der Sitte und diese im Wesentlichen übereinstimmend. Charakteristisch ist in beiden die völlige Fernhaltung jedes staatlichen Einflusses, jeder Controle.

Die späteren Rechtsquellen besprechen das Verhältniß zwischen Vater und Sohn mit Bezug auf das Muttergut und bezeichnen das Recht des Vaters an demselben als Vormundschaft. Namentlich in Bezug darauf treten die Verwandten den Vater controlirend auf und später auch der Staat selbst. Der Vater verwaltet das Muttergut und gibt es dem Sohn bei der Aufhebung der Gemeinschaft heraus. Diese, „die Sonderung, Abtheilung," ist sehr üblich, doch divergiren Betreffs derselben die Quellen sehr weit von einander. Während z. B.

der Sachsenspiegel (II, 19 §. 1) die Sonderung nur als Rechtssitte erwähnt und die Bestimmung des Theils des Vermögens, welchen der Sohn erhält, der freien Vereinbarung überläßt (nach den Worten braucht der Sohn nicht in die Sonderung zu willigen, wenn ihm zu wenig geboten wird)[32], stellt der Schwabenspiegel (Laßberg 186) die Sonderung und die Herausgabe einer bestimmten Quote des Vermögens als Rechtspflicht des Vaters auf. Andere Quellen schreiben nur unter gewissen Voraussetzungen, namentlich Wiederverheirathung des Vaters, die Sonderung vor und lassen oft auch die Klage nur auf das Muttergut gehen[33]. Verwandte kommen hierbei als Vertreter der Rechte des Kinds vor, häufig auch Einmischung des Staats, namentlich wo die Verwandten fehlen. So lange aber die Gemeinschaft dauert, erwirbt der Sohn, was er nicht von Mutterseite erbt, der Gemeinschaft, er kann mit dem Vater kein Geschäft abschließen und wird von diesem vertreten.

Des Zuchtrechts geschieht fast nie Erwähnung.

Wenden wir uns zu der Darstellung des Verfs. zurück. — Als Consequenzen aus der germanischen Auffassung der väterlichen Gewalt als Vormundschaftsrecht werden aufgestellt:

1) die Endigung derselben, sobald die Kinder erwachsen sind und in selbstständige Lebensverhältnisse übergehen;

2) die Ausübung des Erziehungsrechts unter der Ober-

32) Auch die Wirkungen der Sonderung sind nach dem Sachsenspiegel nicht überall dieselben rechtlich bestimmten, sondern richten sich nach dem zwischen Vater und Sohn abgeschlossenen Rechtsgeschäft. Der Sohn scheidet entweder ganz aus der Familie, so daß er auch kein Erbrecht behält, oder die Abtheilung erscheint nur als eine provisorische, welche erst bei dem Tode des Vaters und nach vorgenommener Collation durch die Erbtheilung eine definitive wird.

33) S. Kraut, Vormundschaft. II. 595.

aufsicht des Staats, der durch Schulzwang für den gehörigen Unterricht der Kinder sorge und

3) im Falle des Mißbrauchs der väterlichen Gewalt einschreite;

4) Recht der Kinder an dem ihnen angefallenen Vermögen, Nießbrauch des Vaters daran, so lange es unter seiner Verwaltung steht.

Das ältere germanische Recht kennt nun aber die unter Nr. 2 und 3 aufgestellten Sätze nicht, ob den Satz unter Nr. 4, ist zweifelhaft. Auch in späteren, rein germanischen Rechtsquellen sucht man vergeblich nach dem Satz unter Nr. 2 [34]). Das spätere römische Recht kennt aber das staatliche Einschreiten (Nr. 3) in derselben Weise, wie das spätere deutsche. In Betreff des Satzes in Nr. 4 entsprechen sich die späteren Bildungen beider Rechte nicht völlig, das römische enthält aber keineswegs nur ein minus von Rechten der Kinder, indem es bei manchen Vermögensmassen weder väterliche Verwaltung noch Nießbrauch kennt. — Wenn aber der moderne Staat im Stande war, in consequenter Verfolgung seines Ziels das väterliche Recht in der unter Nr. 2 dargestellten Weise aufzufassen und auszubilden; wenn ferner das neuere Recht in Uebereinstimmung mit der sittlichen germanischen Anschauung die hauptsächlichen Wirkungen des väterlichen Rechts fortwährend an die thatsächliche Gemeinschaft mit den Kindern knüpft [35]), so ist, die practische Seite des Verhältnisses in's Auge gefaßt, wol nicht einzusehen, welchen schädlichen Ein-

---

34) Fehlt er ja bis heute noch fast gänzlich in dem nicht durch das römische Recht inficirten England, wo sich überhaupt die väterlichen Rechte noch kräftiger erhalten haben, als in anderen Staaten.

35) In der separata oeconomia liegt eine Emancipation nicht, denn es wird dadurch das Familienband auch in früherer Zeit nicht zerrissen.

fluß die Reception des römischen Rechts auf das Familienrecht gehabt haben könne, und es mag wol auch schwerlich in dieser Beziehung von einer Romanisirung unserer Anschauungsweise [36]) gesprochen werden können.

§. 21.

Die Ehe und das eheliche Güterrecht.

Darstellung des Verfs. [1]): Die schon in der vorchristlichen Zeit von den Germanen als sittlich unauflösliches Band aufgefaßte Ehe erhält unter dem Einfluß des Christenthums den Charakter eines Rechtsverhältnisses, zu dessen Eingehung eine kirchliche Handlung erforderlich und dessen Bestand von der Willkür der Ehegatten unabhängig ist. „Der Mann, als das Haupt der Familie und als der natürliche Schützer des Weibes, ist ihr ehelicher Vormund; sie steht unter seinem mundium, und theils als Folge hiervon, theils weil bei der innigen, zwischen Ehegatten bestehenden Lebensgemeinschaft dieselben nicht wol getrenntes Vermögen haben können, nimmt der Mann auch all ihr Gut in seine Gewere zu rechter Vormundschaft, wobei denn übrigens auch für den Fall des Todes des Ehemannes, durch Witthum, Altentheil, portio statuaria ꝛc. für eine standesmäßige Versorgung der überlebenden Wittwe gesorgt wird.“ Die in §. 37 ausgeführten „Modificationen dieser Principien in den verschiedenen Berufsständen“ werden weiter unten angeführt werden.

Von den Römern wird zwar auch die sittliche Unauflöslichkeit der Ehe anerkannt, aber die Consequenzen daraus sind nur sittliche. Rechtlich aber ist die Ehe ein der Privatdisposition der Ehegatten unterworfenes Rechtsverhältniß, die Eingehung

36) Schmidt, S. 12.
1) §. 21 II. S. 202.

derselben von den bei der Schließung üblichen religiösen Feierlichkeiten unabhängig, „Princip der Civilehe,“ und willkürliche Scheidung selbst durch einseitigen Willensact eines Theiles gestattet. Die sittliche Reaction gegen die erste Ehescheidung und die später gefühlte Nothwendigkeit, die Ehe zu begünstigen und dem Mißbrauch der Scheidungen entgegen zu treten, konnten doch nur zu indirectem Einschreiten des Staats führen. Da ein sittlich beschränktes Herrschaftsrecht des Ehemanns über die Person und das Vermögen der Ehefrau von den Römern nicht construirt werden konnte, so war es nur möglich, daß die Frau entweder der Herrschaft des Manns absolut unterworfen wurde, aufhörte, selbstständiges Rechtssubject zu sein und wie die Kinder integrirender Theil der Person des Manns wurde — oder völlig frei und unabhängig von ihm blieb, nicht in seine Familie trat und mit Ausnahme der dos ihr Vermögen für sich und unter eigener Verwaltung behielt, für die dos aber ein privilegirtes Pfandrecht erhielt. —

Käme es darauf an, mit allgemeinen theoretischen Aussprüchen römischer Juristen die sittliche Auffassung der Ehe im römischen Recht darzuthun, so fehlte es nicht an einer Anzahl von bekannten Stellen, welche nicht nur gelegentlich, sondern ex officio sich über die sittliche und dauernde Natur der Ehe aussprechen. Da aber eine Rechtsanschauung nur durch die Rechtssätze, in welchen sie sich manifestirt, bewiesen werden kann und nur als in dieser Art manifestirte Bedeutung hat, so sind statt solcher Aussprüche folgende aus dieser Anschauung hervorgegangene Rechtssätze anzuführen. Die Ehe zwischen nahen Verwandten wird rechtlich nicht anerkannt, da dieselbe sittlich verwerflich erscheint. Dasselbe gilt von der Bigamie, gegen welche, wenn die Ehe nur auf der Privatdisposition beruhte, sicherlich nichts eingewendet werden könnte, sobald namentlich auch der Ehegatte des binubus consentirte. Der

Ehebruch wird als Delict behandelt. Durch das Recht wird Sorge getragen, daß die dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechende Freiheit der Eingehung nicht aufgehoben oder beschränkt wird. Der Mann wird als geborner Vertreter der Frau vor Gericht anerkannt. Er hat bei Verletzung der Ehefrau eine Injurienklage, wie der Vater. Aus der reverentia, welche die Frau ihm schuldet, wird die rechtliche Unfähigkeit abgeleitet, das beneficium competentiae durch Vertrag auszuschließen; mit der Ehe wird es für unvereinbar angesehen, daß die Ehefrau einem Anderen, selbst ihrem Patron, Dienste leistet (nam in officio mariti esse debet). Die Frau erhält den Rang und das Forum ihres Manns; wo dieß nicht möglich ist, wird die Verbindung rechtlich nicht als Ehe anerkannt. Das sittliche Verhältniß der Ehegatten zu einander bringt endlich besonders qualificirte Rechtsinstitute in Bezug auf das Vermögen derselben hervor. Diese Sätze galten zu allen Zeiten und für die verschiedenen Arten der Ehe.

Der Verf. legt ein Hauptgewicht auf das „Princip der Privatscheidung, wodurch rechtlich die Ehe ein der Privatdisposition der Ehegatten unterworfenes Rechtsverhältniß geworden sei, im Gegensatz zu der auch von den Römern anerkannten sittlichen Unauflöslichkeit der Ehe." In den späteren Zeiten, in welchen die Freiheit der Ehescheidung zweifellos anerkannt ist, existirt die behauptete sittliche Auffassung nicht, sondern im Gegentheil, die Ehe wird als ein sittlich freies, auf der fortdauernden affectio maritalis beruhendes Verhältniß gedacht, welches daher auch willkürlich aufgehoben werden kann. Diese Auffassung ist auch im Recht anerkannt. Ein Vertrag, der die Ehescheidung ausschließt oder dem die Scheidung vornehmenden Ehegatten eine Strafe auflegt, wird für ungültig erklärt. Die Quellen bezeichnen einen solchen Vertrag als dem Wesen der Ehe zuwiderlaufend; den Willen in dieser

Beziehung zu binden, wird für inhonestum erklärt [2]). Wurde die Erklärung, daß die Ehe geschieden sein solle, von beiden Ehegatten abgegeben, so traf keinen ein sittlicher Tadel, erfolgte die Erklärung jedoch von der Seite eines Ehegatten, ohne daß dazu genügender Grund vorhanden zu sein schien, oder gab ein Ehegatte durch sein uneheliches Benehmen Veranlassung zur Aufhebung der Ehe, so traf ihn der sittliche Tadel. Ganz derselben Auffassung gemäß bilden sich nun auch Rechtssätze aus — die Ehescheidung, auch die einseitige, ist frei, aber den schuldigen Theil treffen gewisse Nachtheile resp. öffentliche Strafen.

Was das alte Recht betrifft, so kann hier natürlich nicht der Ort sein, auf die verschiedenen Controversen über die Scheidungsbefugniß einzugehen, so viel aber kann wol mit Sicherheit behauptet werden: weder erkennt auf der einen Seite die Sitte die völlige Unauflöslichkeit der Ehe an, noch finden sich im ältesten Rechte Spuren von der absoluten Trennbarkeit derselben auch durch einseitigen Willensact. Vielmehr ist es der Ehemann, welcher als Familienhaupt die Ehefrau aus der Familie verstößt, und zwar handelt er hierbei nicht willkürlich, sondern seine Competenz ist eine ähnliche, nur durch die nothwendige Berücksichtigung der Verwandten der Frau beschränktere, wie die in Betreff der Kinder, und sie wird in derselben Weise vom Staat anerkannt und controlirt.

Die älteste germanische Anschauung geht natürlich ebenfalls von der lebenslänglichen Dauer der Ehe aus; damit war jedoch noch keineswegs die Unauflöslichkeit derselben rechtlich anerkannt. Der Ehemann konnte wegen Verbrechen der Frau

2) Wollte man etwa die Inhonestät darin finden, daß die Scheidung überhaupt berührt würde, so widerlegt sich dieß durch die Anerkennung der Verträge über die Schicksale der dos für den Fall der Scheidung.

dieselbe verstoßen, nicht aber jene ihn verlassen. In unseren ältesten Quellen[3]) findet sich eine directe Realisirung der Unauflöslichkeit selbst durch das Recht nicht vor. Hatte der Ehemann die Frau verstoßen, so war die Ehe geschieden, die Verstoßung ohne von der Sitte anerkannten Grund galt nur als Beleidigung der Frau, resp. der Verwandten derselben und dafür mußte gebüßt werden. Durch richterliches Erkenntniß erfolgte aber die Scheidung selbst nie, auch nicht, wenn gegründete Ursachen zur Verstoßung vorlagen. Im letzteren Fall wurde nur der Ehemann, gegen welchen die Verwandten der verstoßenen Frau geklagt hatten, absolvirt. Oeffentliche Strafen finden sich an einigen Stellen nur für die ehebrechende Frau und ihren Genossen. — Das spätere germanische Recht bildet nur das eheliche Güterrecht aus und überläßt die sonstige Behandlung der Ehe dem allgemeinen canonischen Recht, dessen Rechtsbildungen, wenn sie auch oft der germanischen Anschauung entsprechen, doch dem germanischen Recht nicht angehören.

Was die Eingehung der Ehe betrifft, so war bei s. g. confarreirter Ehe die religiöse Eingehung begriffsmäßig, bei den übrigen begleiteten religiöse Handlungen die Eingehung, ohne daß die Unterlassung derselben jedoch die Ehe ungültig gemacht hätte. Ebenso forderte die germanische Sitte, wie wol die jedes Volks, religiöse Weihe der Ehe; wie wenig dieselbe aber auf den Rechtsbestand der Ehe von Einfluß war, geht daraus hervor, daß die Rechtsquellen wiederholt anführen, daß der Kirchgang erst nach der Consummation, welche den Anfang der ehelichen Güterrechte bildet, und nach der Bestellung der Morgengabe vorgenommen wurde. Erklärte

3) Daß die in der lex Wisigothorum enthaltenen Constitutionen nicht als Niederlagen des ältesten Rechts gelten können, braucht kaum bemerkt zu werden.

ja doch selbst die Kirche die religiöse Weihe nicht für nothwendig und das Erforderniß der wenigstens nach der katholischen Auffassung davon zu unterscheidenden (weil lediglich in einer qualificirten Consenserklärung bestehenden) kirchlichen Eingehung datirt erst vom Tridentiner Concil und den protestantischen Kirchenordnungen [4]).

Die vermögensrechtliche Seite der Ehe ist die im Recht am meisten berücksichtigte. In der Art der Behandlung derselben wird nun ebenfalls eine principielle Verschiedenheit zwischen dem germanischen und dem römischen Recht gefunden und dem letzteren Recht der Vorwurf einer dem sittlichen Verhältniß der Ehegatten nicht entsprechenden Auffassung gemacht. Es ist aber weder dieser Vorwurf begründet, noch jene Verschiedenheit materiell vorhanden.

Ebenso, wie die Ansicht von einer thatsächlichen Vermögensgemeinschaft zwischen Vater und Kindern sich überall vorfindet und rechtliche Wirkungen hervorbringt, ist dieß auch in Betreff des Vermögens der Ehegatten der Fall. Wie dort der Vater, erscheint hier der Ehemann als Haupt der Gemeinschaft und Vertreter des gemeinschaftlichen Vermögens. So auch in Rom. Für die ältere Zeit liegt dieß klar vor, aber auch dem späteren Recht liegt diese Auffassung zu Grunde.

Der Festigkeit und Ausschließlichkeit der Familienverbindung der alten Zeit entsprechend ist der Eintritt der Ehefrau in die Familie des Manns mit ihrer gesammten Persönlichkeit, also auch namentlich mit ihrer Vermögensfähigkeit.

4) Es ist eine ganz äußerliche Auffassung, wenn der Verf. „das Princip der Civilehe in der Unabhängigkeit des Bestands der Ehe von den bei ihrer Schließung üblichen religiösen Feierlichkeiten" erkennt. Dieß Princip besteht vielmehr darin, daß kirchliche Satzungen auf die Ehe überhaupt ohne Einfluß sind. Auch die (vor dem Tridentinum) formlos eingegangene Ehe war keine Civilehe, denn sie unterlag der Beurtheilung nach kirchlichen Grundsätzen.

Ihr vorhandenes und das von ihr zu erwerbende Vermögen wird der Familie erworben. Ihr Vater radet sie aus und damit ist sie von dessen Familienvermögen abgefunden. In der Familie ihres Ehemanns steht sie, was das Vermögen betrifft, in ähnlicher Stellung wie die Tochter, d. h. sie wird aus dem Familienvermögen unterhalten, erwirbt für dasselbe und erhält bei dem Auseinanderfall desselben einen Theil für sich. Verstoßen werden aus der Familie kann sie ursprünglich sicherlich eben so wenig, als das Kind, oder doch nur in Folge von Verbrechen; daß der Ehemann eine Verstoßung aus eigennütziger Absicht vornahm, dagegen ist ihr eine besondere Garantie in der Zuziehung ihrer Verwandten bei der Ausübung des ehemännlichen Zuchtrechts gegeben. Als willkürliche Verstoßungen später aufkamen, wurde das Vermögen der Frau für einen solchen Fall durch Vertrag gesichert und das Recht erkannte diese Sicherung und die damit herbeigeführte Modification der Manus an[5]). Daß der Frau der Austritt aus der Familie nicht freigestanden hat, ist dem sittlichen Verhältniß ebenfalls entsprechend. Die spätere laxere Auffassung rechtfertigt auch die rechtliche Anerkennung eines solchen Austritts, welcher seine vermögensrechtlichen Wirkungen den Bestimmungen des rechtlich anerkannten Ehevertrags gemäß äußerte. — Die naturgemäße Fortbildung des ehelichen Güterrechts wäre nun wol die gewesen, daß dasselbe sich anfänglich durch Vermittelung von Verträgen, später durch allmälige Fixirung des üblichen Inhalts derselben in Rechtssätzen der veränderten sittlichen Auffassung gemäß aus den ursprünglichen Principien weiter entwickelt hätte, wie das bei dem Güterrecht der Kinder geschah. Dieser Bildungsgang fand aber aus dem besonderen Umstand nicht statt, daß noch eine

5) Vergl. die Erzählungen von dem Aufkommen der rei uxoriae cautiones seit der Ehescheidung des Carvilius Ruga.

andere Rechtsform für die Ehe aufgekommen war, welche der späteren Auffassung von Anfang an mehr entsprach und welcher man sich mit Vorliebe zuwandte [6]). Aus irgend welchem uns unbekannten Grund kamen schon früh Ehen vor, bei welchen die Frau rechtlich nicht in die Familie des Mannes übertrat, sondern in ihrer eigenen verblieb. Die rechtliche Stellung der Ehegatten erschien dadurch namentlich in Beziehung auf das Vermögen allerdings als eine verschiedene, thatsächlich war die Verschiedenheit ursprünglich jedoch keineswegs hervortretend [7]).

Der Vater stattet die sich verheirathende Tochter ebenfalls aus und dieser Act erscheint immer noch als eine modificirte Abfindung aus dem väterlichen Vermögen (s. u.). Diese Ausstattung oder, wenn die Frau sui juris ist, ihr Vermögen oder, was ein Dritter ihr zu diesem Zweck zuwendet, wird dem Ehemann übergeben, gehört dadurch dem Familienvermögen an und geht mit diesem auf die Kinder über. Daß dieser Uebergang auf den Mann nicht in Folge eines Rechtssatzes, sondern durch ein Rechtsgeschäft erfolgen muß, ist wenig bemerklich, denn auch bei der strengen Ehe muß der Vater, der die Tochter ausradet (der häufigste Fall), das die Ausstattung bildende Vermögen durch ein Rechtsgeschäft dem Mann übertragen, ebenso der Fremde, und wenn die Frau selbst Vermögen hat, kömmt in Betreff nicht mancipabler Sachen durch das Einbringen in das domicilium matrimonii

6) Dieser Anschluß ist von bestimmendem Einfluß auf die formale Auffassung des Instituts gewesen; materiell wäre sicherlich auch durch Weiterbildung der Ehe mit Manus dasselbe Resultat erreicht worden.

7) Hat doch auch bei uns heut zu Tage die so große Verschiedenheit der ehelichen Güterrechte auf die thatsächliche Stellung der Ehegatten zum Vermögen keinen merkbaren Einfluß.

dieselbe äußere Handlung vor, wie bei der strengen Ehe. In dem letzteren Fall mußte nur noch die Absicht, Eigenthum übertragen zu wollen, dazu kommen und diese war nach Analogie der strengen Ehe gleichsam selbstverständlich vorhanden [8]). Zur Cession der Forderungen bedurfte es eines besonderen Actes nicht, da ja der Ehemann als solcher procurator der Frau war, und daß er es in rem suam war, nach außen hin gleichgültig und ununtersucht blieb. Nur die Uebertragung der res mancipi erforderte einen besonders hervortretenden Rechtsact, doch konnte auch hier durch Usucapion das Recht erworben werden. Was die Frau während der Dauer der Ehe erwarb, konnte sie in derselben einfachen Weise in das Familienvermögen übertragen. Daß das s. g. Verbot der Schenkungen unter Ehegatten nicht hindernd in den Weg trat, wird unten gezeigt werden.

So lange die alte Festigkeit der Ehe in der Sitte fortbestand, war auch in der Ehe ohne Manus eine totale Gütergemeinschaft unter derselben rechtlichen Form vorhanden, unter welcher die Gemeinschaft zwischen Vater und Kindern bestand. Das Aufkommen der Scheidung und die damit zusammenhängende freiere Auffassung der Ehe verändern das Verhältniß thatsächlich und rechtlich. Der Vater der Ehefrau oder der Dritte, welcher dem Mann bei Eingehung der Ehe das Vermögen überwies, stipulirte den Rückfall an sich, resp. an die Frau für den Fall der Scheidung. Es lag nun nahe, daß man auch für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten denselben stipulirte. Daß der Inhalt

8) Daß die s. g. freie Ehe nicht als Gegensatz zur strengen in der Absicht, den Vermögensübergang zu verhindern, erfunden wurde, sondern da vorkam, wo ein Uebergang in die Familie ursprünglich nicht möglich, daß sie also eine Ehe war, welcher eine Wirkung, die manus, mangelte, kann wol als sicher angenommen werden.

dieser Stipulationen, nachdem sie allgemein üblich geworden, als Rechtssatz sich geltend machte, ist anderen Rechtsbildungen vollkommen entsprechend.

Der Umstand, daß das Vermögen nicht durch einen Rechtssatz in das Vermögen des Manns (das Familienvermögen) überging, sondern besondere, wenn auch stillschweigend vorzunehmende Rechtsgeschäfte dazu nothwendig waren, machte es der Frau möglich, wenn sie sui juris war, Theile ihres Vermögens für sich zurück zu behalten, und zwar sowol ihres ursprünglichen Vermögens, als des während der Ehe erworbenen. Als ersten Gegenstand dieses Vorbehaltes möchte ich, ohne jedoch hierauf besonderes Gewicht zu legen, diejenigen Sachen bezeichnen, welche die Frau in ihrem eigenen Gebrauch hat, oder welche ihr von einem Dritten zu diesem Zweck besonders gegeben werden. Hier tritt es deutlich hervor, daß sie nicht demselben Zweck, wie das Familienvermögen, dienen sollen, sie sind recht eigentlich Sondergut, peculium [9]), ähnlich wie die germanische Gerade.

Die den Sitten der späteren Zeit entsprechende größere Selbstständigkeit der Ehefrauen, die durch den steigenden Luxus und das Abnehmen der alten treuen und sparsamen Vermögensverwaltung gerechtfertigte Furcht, das Ihrige durch den Ehemann einzubüßen, mochte die Ehefrau oder deren Verwandte veranlassen, auch andere Vermögenstheile als die zum speciellen Gebrauch der Frau bestimmten, dem Mann vorzuenthalten. Da auf diese Weise für das Vorbehaltene jedes innere positive Merkmal fehlte, so mußte eine juristische Con-

9) **L. 9. §. 2. 3 de jure dotium, l. 31. §. 1 de mortis causa donationibus.** *Παράφερνα* ist ursprünglich, wo auf den besonderen, von dem des übrigen Einbringens der Frau verschiedenen Zweck gesehen wird, ein positiver Begriff. Später, lediglich von der rechtlichen Seite aufgefaßt, wird er ein negativer.

struction nothwendig dazu gelangen, das Vorbehalten rein negativ als das nicht dem Familienvermögen des Ehemanns einverleibte Vermögen der Frau aufzufassen, während das dem Mann übertragene Vermögen wegen dieses rechtlichen Merkmals den positiven Begriff bildete.

Daß das eheliche Güterrecht in der freien Ehe diesen Gang genommen und der spätere Begriff der dos sich restrictiv gebildet hat, davon sehe ich den Beweis in dem Institut des Dotalrechts, wie es in der späteren Zeit vorkömmt, in der uns bekannten Fortbildung desselben, in einer uns aus der älteren Zeit mitgetheilten Nachricht und in dem Gebrauch der Bezeichnung dos.

Um mit diesem letzteren Argument zu beginnen, so wurde in der älteren Zeit das Vermögen der Frau, welches durch die Ehe an den Mann kam, auch das bei der Ehe mit Manus ipso jure ihm zufallende als dos bezeichnet und erst später auf das speciell ad sustinenda matrimonii onera mit bestimmten Beschränkungen übertragene Vermögen beschränkt. Ebenso kömmt der Name res uxoria vor. Hätte nun von Anfang an eine verschiedene Behandlung des Güterrechts bei der freien Ehe und bei der Ehe mit manus stattgefunden, so würde sicherlich auch für das nach verschiedenem Rechte bei dem Ehemann befindliche Vermögen eine verschiedene Bezeichnung üblich gewesen sein. — Die uns aufbewahrte Nachricht aus der älteren Zeit ist die, daß vor der Zeit der carvilischen Scheidung die actio und sogar die cautiones rei uxoriae nicht bekannt gewesen seien. Hasse[10]) hält diese Erzählung, was die cautiones betrifft, nicht für ganz genau, indem für den Fall des früheren Todes des Ehemanns cautiones noth-

10) Das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht. §. 43 und 59.

wendig gewesen seien [11]). Sollte aber für diesen Fall die Sitte nicht durch den so natürlichen Beisitz der Wittwe im Haus des Mannes gesorgt haben? Sobald Kinder vorhanden waren, wenigstens scheint mir das ursprüngliche Nichtvorhandensein einer Rückforderung des Vermögens der Frau um so mehr angenommen werden zu müssen, als auch in den späteren Dotalverträgen, wie aus den in den Quellen vielfach angeführten Beispielen hervorgeht, so sehr häufig der Rückfall der Dos oder eines Theils derselben nur für den Fall der unbeerbten Ehe stipulirt wurde. Auch ist hierbei die Möglichkeit und Ueblichkeit der Versorgung der Ehefrau durch Verfügung Todes halber, namentlich durch Bestellung eines vielleicht gerade zu diesem Zweck eingeführten Ususfructus, zu berücksichtigen.

Endlich aber erklärt sich die Behandlung der dos in der classischen Zeit in keiner anderen Weise, namentlich bleibt die verschiedene Behandlung derselben nach Auflösung der Ehe ein Räthsel. Hätte man die Dos als eine Vermögensmasse angesehen, welche lediglich zu dem Zweck von dem Vermögen der Ehefrau getrennt werde, damit die Früchte zur Tragung der ehelichen Lasten während der Dauer der Ehe dienen, so lagen zwei Möglichkeiten der rechtlichen Behandlung derselben vor. Das Recht des Ehemanns konnte in der Art eines

11) In diesem Fall sind nach der Strenge des Rechts die Stipulationen sogar unwirksam, da die Obligation in der Person des Erben ihren Anfang genommen hätte. Das Vorkommen einer benigna interpretatio, wie sie Hasse (S. 213) annimmt, ist für die Zeit des Aufkommens der freien Ehe wol im Allgemeinen zweifelhaft. Es ist aber auch dem Gang der römischen Rechtsbildung entsprechend, nur da durch benigna interpretatio ein unwirksames Geschäft aufrecht zu erhalten, wo andere wirksame Geschäfte ähnlicher Art schon üblich sind. Nach der Erklärung Hasse's würde man aber rechtlich unwirksame Geschäfte, welche sich an andere wirksame nicht angeschlossen hätten, von Anfang an benigne interpretirt haben müssen.

Usufructus, resp. Quasiususfructus aufgefaßt werden, welcher nach der Auflösung der Ehe ipso jure erlosch; oder es konnte ein wirklicher Uebergang der Substanz der Dos in das Vermögen des Ehemanns angenommen werden, deren Voraussetzung (causa) die Existenz der Ehe war. Nach beiden Constructionen mußte aber bei jeder Art der Auflösung der Ehe der Ehefrau und deren Erben, resp. dem Besteller die Rückforderung der Dos und der ganzen Dos zustehen, der Ehemann hätte während der Ehe auf den Beitrag zu den ehelichen Lasten verzichten, die Dos unbedingt zurückgeben und überhaupt der Ehefrau Zuwendungen machen können. Statt dessen begegnen wir der Ausschließung der Dotalklage bei Trennung der Ehe durch den Tod der Frau, der rechtlichen Unmöglichkeit irgend einer Disposition der Ehefrau für diesen Fall über die Dos während der Ehe, der Retention für die Kinder, dem Nichtübergang der nicht angestellten Dotalklage auf die Erben, der Unwirksamkeit der Restitution der Dos während der Ehe und der Schenkungen der Ehegatten. Alle diese Sätze erscheinen, wenn man von den erwähnten Ansichten ausgeht, als völlig unconstruirbare Willkürlichkeiten oder als Resultate äußerer Rücksichten, wie man dergleichen im alten römischen Recht sonst sicherlich nicht zu finden gewöhnt ist. In einem ganz anderen Lichte aber stellen sich diese Sätze dar, wenn man davon ausgeht, daß auch bei der freien Ehe das Vermögen der Frau anfänglich ganz in das Familienvermögen des Ehemanns überging, mit Lockerung des ehelichen Bandes aber auch eine Lockerung der zwischen den Ehegatten bestehenden Gemeinschaft rechtlich anerkannt und dem Inhalt der gewöhnlich abgeschlossenen Verträge gemäß Rechtssätze aufgestellt wurden, welche der Ehefrau mit der Zeit immer größere Rechte einräumten.

Das Dotalsystem der classischen Zeit ist ein der sittlichen Idee der Ehe entsprechend schön entwickeltes System der ehelichen Gütergemeinschaft. Wenn man dasselbe häufig als System der Gütertrennung bezeichnet, so ist dieß an sich völlig irrig, denn die Dos ist ja das durch die Ehe gemeinschaftlich gewordene Vermögen, und was daneben noch an Vermögen vorhanden ist, ist Sondergut, nicht Dos. Will man aber die angeführte Bezeichnung dadurch rechtfertigen, daß durch die Eingehung der Ehe an sich kein Theil des Vermögens der Ehegatten gemeinschaftlich werde, sondern daß es eines besonderen Rechtsgeschäfts dazu bedürfe, so ist dagegen zu bemerken, daß das Wesen des Dotalrechts gerade darin besteht, ein derartiges Rechtsgeschäft möglich zu machen, und das Dotalsystem die Vornahme eines solchen voraussetzt. Doch lassen wir den Wortstreit und wenden uns zur Sache.

Der hauptsächliche Vorwurf, welchen man vom germanistischen Standpuncte aus dem römischen Eherecht macht, ist der eben angedeutete, daß, obgleich eine gewisse Vermögensgemeinschaft der Ehegatten dem sittlichen Wesen der Ehe entspreche, das römische Recht dieses Erforderniß nicht aufstelle. Dieser Vorwurf würde gerechtfertigt sein, wenn die Eingehung der Ehe nicht ein völlig freiwilliger Act der Ehegatten wäre und eine Anerkennung, ja besondere Berücksichtigung der dabei vorkommenden Verträge nicht stattfände, wenn das Recht nicht ausdrücklich von der Voraussetzung ausginge, daß der fest begründeten Sitte [12]) gemäß bei der Eingehung

12) Wie mächtig diese Sitte war, geht daraus hervor, daß man die Existenz einer Dos als die Bedingung der Möglichkeit der Abschließung einer Ehe ansah, daß man es als eine Ehrensache des Vaters, der Verwandten, ja der Freunde betrachtete, eine vermögenslose Frau zu dotiren, daß es als eine besonders hervorgehobene Ausnahme galt, wenn der Ehemann eine undotirte Frau nahm.

jeder Ehe durch ein Rechtsgeschäft regelmäßig gemeinschaftliches Vermögen geschaffen werde, wenn das Recht nicht selbst Sätze zur Unterstützung dieser Sitte aufgestellt hätte und ein Theil des Dotalrechts gerade in solchen Sätzen bestände [13]. Wollte man nach einem Grund suchen, warum das römische Recht eine Vermögensgemeinschaft der Ehegatten nicht durch einen Rechtssatz festgestellt habe, so wäre es sicherlich nicht das Verkennen der darauf gehenden sittlichen Anschauung, sondern die Ueberzeugung von der Selbstrealisirung derselben und folgeweise der nicht vorhandenen Nothwendigkeit einer staatlichen Realisirung.

Die Gütergemeinschaft nach Dotalrecht realisirt sich dadurch, daß die Frau mit ihrer Dos thatsächlich in die Familie des Manns eintritt und an den Nutzungen des gesammten Familienvermögens Theil nimmt. Diese Theilnahme der Ehefrau wird allerdings nicht rechtlich realisirt, eine Klage auf Alimentation kömmt nicht vor, nichtsdestoweniger aber wird sie vom Recht als begriffsmäßig anerkannt. Daß eine directe rechtliche Realisirung nicht vorkam, ist eine Consequenz des gesammten Verhaltens des Staats zum Familienvermögen, und daß trotzdem, daß die nicht in manu befindliche Ehefrau nicht mit ihrer gesammten Persönlichkeit der Familie des Ehemanns angehörte, diese Consequenz doch gezogen wer-

13) Faßt man nach der sehr wahrscheinlichen Ansicht von Danz (Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. Th. I. S. 156) die dictio dotis nicht als Bestellung der Dos durch einen Formalact, sondern als formlose Bestimmung des Objects derselben auf, so geht aus der Klagbarkeit eines solchen an sich unklagbaren Geschäfts gegen die Frau, deren Vater und väterlichen Ascendenten die Annahme einer „in abstracto bestehenden Verbindlichkeit" dieser Personen zur Bestellung einer Dos hervor. Diese Verbindlichkeit kann als abstracte nicht klagbar sein, sie wird es aber, sowie sie eben durch die dictio concret geworden ist.

den konnte, erklärt sich aus der der Frau gegebenen Möglichkeit, das von dem Ehemann nicht in entsprechender Weise realisirte eheliche Verhältniß beliebig zu trennen und dadurch die Dos zurückzuerhalten. — Aus mehreren Stellen könnte man geneigt sein, die Ansicht abzuleiten, als hätte der Ehemann die Frau nur aus der Dos unterhalten sollen. Diese Folgerung ist aber nicht begründet. In der einen Stelle [14]) wird der Ehemann deßwegen zu einer der Größe der Dos entsprechenden Alimentation angehalten, weil die Frau wegen Wahnsinns sich nicht selbst scheiden und ihre Dos zurückfordern kann, und die Festsetzung einer Alimentation wird nur als das minus der Sequestration der Dos dargestellt. An einem anderen Ort [15]) ist von einem Vertrag die Rede, durch welchen bei einer getrennten Haushaltung die Früchte der Dos in concreto den Kosten der selbstständigen Unterhaltung der Frau gleichgestellt werden. In einer dritten Stelle [16]) wird die (zufällig durch Compensation) geltend gemachte Forderung der Früchte (resp. des Surrogats derselben, der versprochenen Zinsen) des Theils der Dos, welchen der Vater dem Ehemann noch nicht übertragen hatte, dem letzteren deßwegen abgesprochen, weil nicht er, sondern der Vater die Ehefrau alimentirt hatte, ohne daß damit diese Früchte als Aequivalent für die Alimentation betrachtet würden. Ich möchte hier nicht mit Hasse [17]) eine negotiorum gestio des Vaters für

14) L. 22. §. 8. soluto matrimonio.

15) L. 21. §. 1. de donatt. int. vir. et uxor.

16) L. 42. §. 2. soluto matrimonio.

17) a. a. O. S. 406. Stützt sich der Vater auf negotiorum gestio, so kann er nur den Werth der gereichten Alimente zurückbehalten, es würde also noch ein Beweisverfahren nothwendig. Zur Begründung einer negotiorum gestorum actio (replicatio) wäre aber auch erforderlich, daß der Ehemann für die Alimentation der Frau nicht gesorgt habe, also sie z. B. nicht in sein Haus aufgenommen

den Ehemann annehmen, sondern davon ausgehen, daß zur Zeit der Geltendmachung dieser Forderung, nach Auflösung der Ehe, es sich herausgestellt hatte, daß eine Gemeinschaft nicht stattgefunden hatte, die nachträgliche Forderung des Beitrags zu dieser Gemeinschaft mithin auch, wenngleich eine formelle, doch keine materielle causa hat. Der Schwiegervater weist deßwegen die Compensation mit einer replicatio doli zurück [18]. Eine Analogie hierfür gibt die condictio der dem Bräutigam gegebenen Dos, wenn die Ehe nicht zu Stande kam [19].

---

oder ihr bei seiner Abwesenheit nichts zurückgelassen habe. Nur in einem solchen Fall kann der Schwiegervater, von welchem ohnehin vorausgesetzt werden kann, daß er die Tochter pietatis causa alimentire, als negotiorum gestor des Schwiegersohns erscheinen.

18) Hätte der Ehemann vor Auflösung der Ehe die versprochenen Zinsen gefordert, so hätte ihm der Schwiegervater aus der von ihm geleisteten Alimentation der Ehefrau (außer in dem Fall einer speciell zu begründenden negotiorum gestio, s. Note 17) eine Einrede nicht entgegenstellen können, denn da die Ehe fortbestand, so konnte die in ihrem Begriff liegende Gemeinschaft ja noch immer stattfinden, die Forderung hatte also auch eine materielle causa.

19) Leist, Civilistische Studien Hft. II. S. 24 Nr. 9., faßt die Alimentation der Frau als eine auf der Dos ruhende Last auf. Bei Aufzählung der „einzelnen Gestaltungen, welche die römischen Quellen als necessariae impensae mittheilen," sagt er unter Berufung auf unsere Stelle: „Die Ernährung der Frau, wenn eine Dos versprochen ist, erscheint als eine auf dieser Dos ruhende Last, weshalb z. B. der Mann, wenn er sie aus eigenen Mitteln prästirt hat, zugesagte Zinsen der nicht geleisteten Dos berechnen kann." — Wenn dieses Princip ein richtiges wäre, so müßte auch der Ehemann, wenn die Früchte der Dos zur Alimentation der Frau nicht hinreichten, die über die Früchte gereichten Alimente aus der Substanz der Dos entnehmen können, welche sich dadurch ipso jure minderte. Das im Anhang dieser Schrift (S. 203) über die Rückleistung der Dos während der Ehe aufgestellte Princip führt zu derselben Consequenz. Die Frau wird hier nur als Mittelsperson betrachtet, durch welche der Mann die Dos zu einem „necessären Zweck verwendet." Ferner müßten auch nicht stipulirte Zinsen der versprochenen Dos wenigstens compensando gefordert werden können, und zwar bis zum

Der Ehemann, als Haupt der Familie und der Ehe, hat die Administration des in seiner Hand vereinigten Vermögens, also auch der Dos, und bis zu den Julischen Gesetzen auch völlig freie Disposition über dieselbe. Die Befugnisse der Ehefrau in Betreff der Dos ruhen völlig. Es ist daher angemessen, daß das Recht das Verhältniß so auffaßt, daß es das Recht an der Dos als selbstständiges Recht des Manns erklärt, namentlich ihn als Eigenthümer der Dotalsachen betrachtet[20]), die Frau aber ihre Rechte, soweit diese übertragen werden konnten, ganz verliert und dafür nur ein eventuelles Forderungsrecht gegen den Ehemann für gewisse Fälle erhält. Die Frau hat jedoch schon während der Ehe ein Interesse an dem Vorhandensein und dem Fortbestehen der Dos. In welcher Weise dieß Interesse vom Recht realisirt wird und wie dasselbe dabei immer von der Idee der Gemeinschaft der Ehegatten ausgeht, kann erst weiter unten (S. 236 ff.) gezeigt werden. Ebenso sind auch die aus derselben Auffassung hervorgegangenen Bestimmungen über die Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen unten zu behandeln.

Die eheliche Gemeinschaft hat nicht nur ihre Wirkungen während bestehender Ehe, denn sonst müßte sie nach Trennung der Ehe ipso jure aufhören und die Dos in das Vermögen der Frau zurückfallen, oder wenigstens eine Obligation auf Zurückgabe dergestalt in dem Vermögen der Frau vorhan-

---

Betrag der gereichten Alimente; diese letztere Beschränkung würde aber auch die Geltendmachung der versprochenen Zinsen limitiren. — Die Nichtanerkennung dieser Consequenzen durch das Recht zeigt, daß das aufgestellte Princip ein irriges ist, und es geht daraus gerade schlagend hervor, daß die Ehefrau begriffsmäßig an dem Genuß des ganzen Vermögens participirt.

20) Die eingeführte Veräußerungsbeschränkung nöthigte nicht zu einer Veränderung der rechtlichen Auffassung, da dieselbe die Annahme eines Eigenthums keineswegs ausschließt.

den sein, daß dieselbe ohne Weiteres auf ihre Erben überginge. Diese letztere Eigenschaft hat aber die Obligation der Ehefrau nach Pandectenrecht nie, und sie selbst hat die Rückforderung in vollem Umfang nur in gewissen Fällen.

Stirbt der Ehemann, ohne daß Kinder vorhanden sind, oder geht das Vermögen auf dieselben ganz oder theilweise nicht über, so ist der Rückfall der Dos an die Ehefrau völlig gerechtfertigt und sie fordert von den fremden Erben dieselbe, soweit sie bei diesen ist. Sind aber Kinder aus der Ehe vorhanden und werden diese, wie es Regel ist, Erben des ganzen Vermögens oder eines Theils desselben, so ist die Wittwe gar nicht verhindert, auch von diesen ihren Kindern die ganze Dos oder den auf sie gekommenen Theil zurückzufordern. Findet sie sich aber bewogen, ihren Kindern die Dos zu lassen, indem sie entweder mit ihnen thatsächlich ungetheilt zusammenbleibt oder sich mit ihrem anderweiten Vermögen begnügt, so braucht sie, um den Kindern das Vermögen auch nach ihrem Tode fest zu lassen, eine besondere Disposition nicht vorzunehmen [21]), ihre Erben können die Dos nicht zurückfordern.

In allen anderen Fällen der Auflösung der Ehe, wenn diese also bei Lebzeiten des Manns erfolgt, ist zweierlei zu berücksichtigen: einmal das formelle Moment, daß das Familienvermögen fortbesteht in der Hand des Manns und daß dieser das Haupt der Familie ist, dann das materielle, daß,

---

21) Dieß hatte natürlich nur für die Zeit vor dem S. C. Orphitianum Bedeutung. Die spätere Einführung des Erbrechts der Kinder und die frühere Festsetzung des Erbrechts der Mutter scheint mir aber nur dadurch erklärbar, daß auch ohne specielle Disposition der Mutter vermittelst der Dotalbestellung der Uebergang des mütterlichen Vermögens auf die Kinder regelmäßig vermittelt wurde. Ich werde später auf diesen Punct zurückzukommen Gelegenheit haben.

wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, der Grund der ehelichen Gemeinschaft wenigstens theilweise fortdauert.

Verstößt der Mann die Frau oder, was materiell diesem völlig gleich steht, gibt seine Handlungsweise der Frau gerechtfertigte Ursache, sich zu scheiden, so kann er vernünftiger Weise nicht die Fortsetzung der Gütergemeinschaft prätendiren, die Ehefrau hat deßwegen eine Forderung auf die ganze Dos. — Scheidet sich jedoch die Frau oder gibt sie dem Mann Veranlassung zur Verstoßung, so kann dieser zwar nicht die unbedingte Fortdauer der Gütergemeinschaft verlangen, da die Voraussetzung derselben wenigstens theilweise aufgehört hat. Besteht die Voraussetzung aber dadurch, daß Kinder aus der Ehe vorhanden sind, zu deren Bestem die Dos ebenfalls constituirt war, noch theilweise fort, so kann der Ehemann die Herausgabe eines Theils der Dos weigern. Die Bestimmung des Theils selbst war anfänglich wol dem richterlichen Ermessen überlassen und fixirte sich erst allmälig. Der retinirte Theil bleibt aber nicht nur so lange bei dem Ehemann, als die Früchte desselben zur Unterhaltung der Kinder verwendet werden, sondern geht völlig frei in das Vermögen des Manns und mit diesem auf die Kinder über, er hat deßwegen thatsächlich die Natur eines Pflichttheils der Kinder an dem Dotalvermögen der Mutter, für den Fall, daß die Mutter dieß Vermögen ihnen durch eine unsittliche (unmütterliche) Handlungsweise entzieht [22]. —

22) Die retentio ob mores bei kinderloser Ehe gehört nicht hierher. Sie ist eine eigentliche poena und als Grund derselben kann man wol die positiven Nachtheile ansehen, die dem Mann durch Herausgabe der Dos, welche er als dauernden integrirenden Theil des unter ihm stehenden Vermögens anzusehen und danach seine Verwaltung des Gesammtvermögens einzurichten befugt war, entstehen. Die Strafe des Manns, wenn er der schuldige Theil ist, durch Verpflichtung zur früheren Herausgabe der Dos erscheint nach dieser Auffassung nicht nur ihrer Größe, sondern auch ihrer Art nach als völlig

Erfolgt die Scheidung durch beiderseitigen Willen, so war eine rechtliche Festsetzung der Güterverhältnisse ganz unnöthig, da der Scheidungsvertrag Gelegenheit zu der entsprechend erscheinenden Ordnung derselben gab, und namentlich der Ehemann seine Zustimmung verweigern konnte, wenn die Frau nichts für die Kinder zurücklassen wollte. In der unbedingten Zustimmung des Manns liegt der Verzicht der Familie auf das Dotalvermögen. — In allen Fällen der Scheidung steht es der Frau aber auch frei, ihre Dos oder einen beliebigen Theil derselben nicht zu beanspruchen, und die Klage geht ebenfalls nicht auf ihre Erben über.

Stirbt die Frau innerhalb der Ehe, so bleibt ihre Dos mit dem Familienvermögen verbunden. Sie kann auch während der Ehe in keiner Weise für diesen Fall wirksam disponiren. Anders, wenn die Dos von dem Vater oder väterlichen Ascendenten der Frau herstammte und dieser bei dem Tode der Frau noch lebte. Die Dotirung war der thatsächlichen Intention des Vaters nach eine Anticipation der Erbschaft oder eine Abschlagszahlung auf das Erbtheil. Starb die Tochter vor dem Vater, hatte sich also herausgestellt, daß sie

entsprechend. — Wäre die retentio liberorum causa als eigentliche poena aufgefaßt worden, so mußte auch auf sie der Satz der l. 19. V. O. angewandt werden und der Ehemann contentus poena legis sein. Ein Dotalvertrag aber, daß bei der Auflösung der beerbten Ehe die ganze Dos beim Mann bleiben solle, ist auch für den Fall der Scheidung wirksam. Hasse (a. a. O. S. 186 N. 265), welcher die Anwendung der l. 19 cit. vertheidigt, scheint einen solchen Dotalvertrag deßwegen für wirksam zu erklären, weil er nicht speciell auf die Scheidung Rücksicht nehme. Allein so gut ein solcher allgemein gefaßter Vertrag für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Manns für unwirksam erklärt wird, weil er contra dotem sei (l. 2. de pactis dotal.), müßte er auch, wenn die retentio liberorum causa als wirkliche poena gälte, bei Auflösung der Ehe durch Scheidung als contra bonos mores unwirksam sein.

nicht Erbe desselben werden konnte, so war daher auch die Absicht des Vaters nicht erreicht. Diese Auffassung hatte zwar an sich eine rechtliche Bedeutung nicht[23]), sie veranlaßte aber den Vater meistens, sich die Rückgabe der Dos zu stipuliren für den Fall des Todes der Tochter, und es bildete sich hieraus der Rechtssatz, daß der Vater auch ohne Stipulation die von ihm bestellte Dos zurückfordern könne und ebenso der männliche väterliche Ascendent, welchen die Enkelin auch mittelbar[24]) oder unmittelbar beerben konnte[25]). Dieß gilt ohne

---

23) Anticipation der Erbschaft ist an sich kein römisches Rechtsinstitut, wie es überhaupt ein Rechtsinstitut nicht sein kann.

24) Mittelbare Beerbung, d. h. Beerbung des Erben, ist natürlich kein juristischer Begriff. Um einen solchen handelt es sich aber auch hier gar nicht, wo nur von den Gründen der Entstehung eines Rechtssatzes die Rede ist.

25) Daß der Gedanke der anticipirten Erbschaft den Grundsätzen über die Rückforderung der dos profectitia zu Grunde liegt, ergibt sich meiner Ansicht nach mit Bestimmtheit aus der Beschränkung der Rückforderung auf den Vater und den väterlichen Großvater, welche allein diejenigen Personen sind, denen die Dotirte als Erbin oder durch bonorum possessio mit Sicherheit succedirt, ohne daß ihr andere Personen kraft Rechtssatzes vorgehen können. Da auf das Gewaltsverhältniß nicht Rücksicht genommen wird, so kann bei der sonstigen Gleichheit der Stellung des Vaters und der Mutter zu dem Kind nur in dem Umstand, daß die Dotirte in Betreff des Vermögens der Mutter, der Großmutter und des mütterlichen Großvaters nicht die nächsten Ansprüche auf die bonorum possessio hat, sondern Andere ihr regelmäßig vorgehen, der Grund liegen, daß die Mutter &c. die von ihr bestellte Dos nicht zurückfordern konnte. Die Annahme einer Anticipation der Erbfolge durch Dotirung hatte für das alte Recht bei ihr keinen Sinn. Seit dem S. C. Orphitianum wäre die Einführung des Rückfalls der mütterlichen Dos allerdings möglich gewesen. Allein da die Mutter ja auch schon früher eine Dos bestellen konnte und sicherlich eben so häufig bestellt hatte, als dieß nach dem S. C. geschah, so mochte man sich nicht veranlaßt sehen, jetzt der Dotalbestellung eine andere Absicht unterzulegen als früher. — Einen weiteren Grund sehe ich darin, daß bei der Begriffsbestimmung der dos

Beschränkung, wenn Kinder aus der Ehe nicht vorhanden waren, mit dem Tode der Frau die Function der Dos also aufgehört hatte. Waren jedoch Kinder vorhanden, so dauerte diese Function zum Theil noch fort und der Ehemann konnte wenigstens einen Theil der Dos retiniren. Hier tritt, wie bei der Retention, der geschiedenen Frau gegenüber die Idee des Pflichttheils hervor. War der Vater vor der Tochter gestorben, so ist die Dotirung nicht mehr revocirbar. —

Wenn nun also die Auflösung der Ehe eine Auflösung der Gütergemeinschaft nur in einigen Fällen nach sich zog, wenn namentlich den Kindern ein Theil der Dos meistens gewahrt blieb und auch in den Fällen, in welchen dieß nicht der Fall war, aus älterlicher Liebe hervorgegangenen factischen

---

profectitia immer der Umstand hervorgehoben wird, daß dieselbe ex re patris, de bonis, de suo geflossen sein müsse. Wollte man das dem Vater zu gewährende solatium als ernstlichen Grund der Rückforderung annehmen, so wäre, abgesehen davon, daß derselbe auch auf die Mutter u. s. w. paßte, nicht zu begreifen, warum die in der Absicht, eine Dos zu bestellen, zu Gunsten des Ehemanns ausgeschlagene Erbschaft, welche doch sonst als Dos gilt und an die Ehefrau zurückfällt, nicht auch dem Vater zurückgegeben wird. — Wollte man gegen die vertheidigte Auffassung einwenden, daß, wenn die Tochter exheredirt sei, eine Anticipation der Erbschaft ebenfalls nicht wirksam sein könne, die als solche aufgefaßte Dos also für diesen Fall an die Erben des Vaters zurückfallen müßte, was doch entschieden gegen die Quellen sei, so beruhte dieser Einwurf auf einem Verkennen der Natur der vorgenommenen Dotalbestellung. Diese ist ein Geschäft unter Lebenden, welches der Intention der Parteien gemäß der Tochter alle üblichen Rechte an der Dos gewährt und nur dem Ehemann die Rechte nach Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau für den Fall nicht einräumt, daß der Dotalbesteller dann noch lebt. Diese wohlerworbenen Rechte können durch eine letztwillige Disposition nicht aufgehoben werden und durch den Tod des Dotirenden ist die Beschränkung des Rechts des Ehemanns weggefallen. Zudem wird die Tochter oft gerade mit Beziehung auf die erhaltene Dos exheredirt und präterirt, diese also dadurch gleichsam bestätigt (vergl. l. 6 de collatione, deren Motiv auch für die exheredirte Tochter paßt).

Dispositionen, welche oft nur in Nichthandeln bestanden, rechtliche Wirksamkeit gegeben wurde, wenn also schon durch Rechtssätze das eheliche Güterrecht in sittlicher Weise ausgebildet erscheint, so zeigen sich die dem römischen Recht gemachten Vorwürfe noch besonders unbegründet, wenn man das bei der Allgemeinheit der Sitte, Eheverträge zu schließen, so überaus wichtige Verhalten des Rechts zu diesen in's Auge faßt.

Die pacta dotalia sind nicht, wie andere Verträge, eines jeden beliebigen Inhalts fähig, sondern sie sind durch den rechtlichen, namentlich aber durch den rechtlich anerkannten sittlichen Charakter der Ehe und des ehelichen Güterrechts beschränkt. Nicht nur wird daher die Intention der Parteien im Zweifel diesem Charakter gemäß interpretirt, sondern bei völliger Sicherheit über den Inhalt wird der Vertrag, soweit er diesem Charakter zuwiderläuft, nicht wirksam. — Einer weiteren Ausführung dieser überall anerkannten Grundsätze bedarf es nicht, ein anderer schon oben (S. 230) angedeuteter Punct erfordert jedoch ein näheres Eingehen.

Wir haben eine Anzahl von Stellen, welche in mehr oder weniger bestimmter Weise von einem Recht der Frau an der Dos während der Ehe sprechen [26]) und dieses Recht als Grund von Rechtssätzen, welche sich auf die Dos beziehen, bezeichnen. Welches ist nun aber der Inhalt dieses Rechts? Man darf hierbei nicht von den für dieses Recht gebrauchten Bezeichnungen ausgehen, da man durch dieselben mit Nothwendigkeit auf die Annahme eines Eigenthums der Frau an der Dos geführt wird, welches, abgesehen von der absoluten Unmöglichkeit, alle Dotalgegenstände und die promittirte Dos zu umfassen, auch in Betreff der Dotalsachen dem Ei-

26) Dos est mulieris, acquiritur mulieri, est in bonis mulieris etc.

genthum des Manns an denselben gegenüber nur dadurch mit einigem formalen Schein gerechtfertigt werden kann, daß man es in monströser Weise als ruhendes, naturales, durch das procuratorische Eigenthum des Manns beschränktes darstellt und so aus dieser Operation den einzigen Gewinn davon trägt, die Jurisprudenz mit einem völlig unbrauchbaren Kunstausdruck bereichert zu haben. Zu einem Resultat kann man nur durch Betrachtung der einzelnen Rechtssätze gelangen, welche aus diesem Recht der Frau während der Ehe abgeleitet werden. Nur ist hierbei der Ansicht entgegenzutreten, welche in alle betreffenden Stellen eine willkürlich gebildete Bedeutung des Wortes Dos hineinträgt. Von dem Satze, welcher für unsere Betrachtung als petitio principii erscheint, ausgehend, daß das einzige rechtliche Interesse der Frau an der Dos ihr eventuelles Rückforderungsrecht sei, läßt nämlich Fein[27]) auch dieses als alleinigen Grund der betreffenden Rechtssätze erscheinen.

Der erste Rechtssatz, welcher hier betrachtet werden soll, ist der über die collatio dotis. Die emancipirte Tochter, welche neben den suis zur Erbschaft ihres Vaters gelangen will, muß ihre bona conferiren und unter diesen ihre Dos; ebenso hat die sua den anderen suis ihre Dos zu conferiren. Worin besteht nun die Dos als Gegenstand der Collation? Ist die Ehe aufgelöst, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dasjenige, was die Tochter durch die actio rei uxoriae

27) Das Recht der Collation S. 150. — v. Meyerfeld (die Lehre von den Schenkungen Bd. II. S. 39) faßt den Begriff weiter und versteht unter der Dos, von welcher gesagt wird, daß sie die Frau erwerbe, „die Aussicht auf Zurückempfang der Dos in gewissen Fällen und die ihr sonst daran gesetzlich eingeräumten Rechte, oder auch nur dadurch factisch zu gut kommenden Vortheile.“ — Gegen die Aufnahme dieses „factischen Interesses“ in dem Begriff spricht sich Fein (S. 153) ausdrücklich aus.

zurückerhalten kann, Gegenstand der Collation ist, also die als Dos bestellten Gegenstände nebst dem incrementum, resp. der Werth derselben, nach Abzug der impensae necessariae und der retentionspflichtigen Theile, oder wenn der Mann insolvent gewesen ist, so viel als dieser hatte leisten können oder leisten kann. Einer Cession der Klage selbst steht nichts im Wege, da diese ja genau dem Collationsobjecte entspricht. — Besteht aber zur Zeit des Todes des Vaters die Ehe noch, so soll ebenfalls die „Dos" conferirt werden, da aber die Dotalgegenstände in der Hand des Manns sind, dieser ein Recht daran hat und dasselbe nicht zum Zweck der Collation aufzugeben braucht [28]), so kann die Collationspflichtige natürlich nur ihr Interesse an der Dos conferiren. Aus den Bestimmungen über das Collationsobject ist mithin zu erkennen, was die Römer als Interesse der Frau an der Dos während der Ehe angesehen haben [29]).

Ich halte nur die Ansicht für in den Quellen deutlich begründet, daß dasjenige conferirt werden mußte, was als Dos zur Zeit der Collationspflicht in den Händen des Manns war, resp. da dieser dasselbe nicht herauszugeben brauchte, der Werth desselben. Diesen konnte die Frau sich von ihrem Erbtheil abziehen lassen [30]) oder über die spätere Leistung desselben oder der Dotalgegenstände selbst caviren. Wie diese Caution beschaffen ist, hängt von der Uebereinkunft der Parteien ab oder wird durch das arbitrium des arbiter familiae herciscundae festgestellt, resp. dieser interpretirt dieselbe zweckgemäß [31]). Den Parteien kann es passend erscheinen, den

28) L. 5 C. de collatione.

29) Fein a. a. O. §. 32 ff. geht den umgekehrten Weg. Er geht vom Interesse der Frau aus und construirt daraus die Sätze über die Collation.

30) L. 1 §. 12 de collatione, l. 5 C. eod.

31) L. 20 pr. familiae hercisc.

Fall zu erwarten, in welchem die Frau die Dos präsumtiv zurückerhält, oder in welchem sie anderes Vermögen voraussichtlich erwirbt u. s. w. Die Frau kann aber auch gleich bei dem Nachsuchen der bonorum possessio oder der Einmischung in die Erbschaft pure über die Dos cavirt haben und wird dann aus der Stipulation auf das Interesse verurtheilt [32]). Einen solchen Fall hat die l. 5 C. h. t. vor Augen. — Ob die Frau die Dos und die ganze Dos später wirklich erhält, oder ob durch ihren Tod während der Ehe der Mann die ganze Dos lucrirt, oder ob sie wegen Insolvenz des Mannes oder wegen Retentionen nur einen Theil erhält, ist für die Collation gleichgültig. Daß auch, wenn die Frau während der Ehe stirbt, der Mann also die Dos erhält, die Klage aus der Caution doch auf die Dos geht, sagt l. 20 pr. familiae hercisc. ausdrücklich. Die Insolvenz des Manns wird nur berücksichtigt, wenn schon vor der Collationspflicht die Ehe getrennt war. Dieß geht aus den Worten der l. 1 §. 6 de dotis collatione: quod si jam divortium factum est, hervor und dem unmittelbaren Anschluß derselben an §. 5 eod., welcher den alleinigen Fall der Minderung des Collationsobjects (durch impensae necessariae) enthält. — Ueber die Retentionen wird meines Wissens in den Quellen nichts erwähnt; bei dem häufigen Vorkommen der Retentionen kann man aber aus der Nichterwähnung eines Einflusses derselben auf die Collation wol eher darauf schließen, daß ein solcher nicht stattgefunden habe, als auf das Gegentheil. — Ausdrücklich spricht aber auch für die aufgestellte Ansicht, daß nach zwei Stellen [33]) die vom Vater versprochene Dos als solche zu conferiren ist, d. h. die Ehefrau ihre collationsberechtigten Miterben von der betreffenden Obligation liberiren muß.

32) S. Fein a. a. O. S. 101.

33) L. 1 §. 8 h. t. — L. 2 C. h. t.

Fein[34]) stellt dagegen die Ansicht auf, daß „die Dos in natura zu conferiren sei, d. h. daß die Cession der Rückforderungsklage das eigentliche Object der Collation bilde[35]).“

Dagegen spricht, daß diese Art der Collation nirgends erwähnt wird. Fein erklärt dieß mit Berufung auf l. 1 de J. D. S. 165 daraus, daß während bestehender Ehe (in welchem Falle die Vornahme derselben vorzüglich zweckmäßig war) eine derartige „an sich zulässige“ Cession contra bonos mores gewesen sei. Aus dem angeführten Grund hätten aber auch Stipulationen zwischen den Ehegatten für den Fall der Trennung der Ehe nicht stattfinden können. Daß in l. 25 §. 1. 2 quae in fraudem creditorum der Ehefrau eine Caution aufgelegt wird, spricht nicht für die Unmöglichkeit der Cession[36]). In l. 14 eod. wird statt der cautio die cessio erwähnt. Liest man hier sciente für scienti, so stimmen die beiden Stellen überein. — Auf ein weiteres Argument gegen Fein's Ansicht, die Nichtcollation der dos profectitia durch den Vater, werde ich unten zurückkommen und wende mich zu den von Fein (a. a. O. §. 37) ex officio vorgebrachten Beweisen. Das Argument aus dem festen Sprachgebrauch kann hier begreiflicher Weise nicht berücksichtigt werden, da ja dieser erst durch die Rechtssätze festzustellen ist[37]). — Die Erwähnung einer Caution in l. 20 pr. familiae hercisc. beweist gegen die oben aufgestellte Ansicht nicht, da ja die Möglichkeit des Cavirens nicht geläugnet wird. Wenn aber, um die Beweiskraft der Worte, etiamsi

34) a. a. O. §. 37.

35) Da Fein, wie Note 29 bemerkt wurde, davon ausgeht, daß dos das rechtliche Interesse der Frau an der dos bedeute und dieses in der rei uxoriae actio bestehe, so verschwindet das scheinbare Paradoxon der Qualificirung der Cession dieser Klage als Naturalcollation.

36) Fein S. 166 N. 78.

37) S. o. S. 238.

constante matrimonio ipsa diem suum obierit, conferatur dos, zu zerstören, S. 173 behauptet wird, „Papinian habe offenbar einen Fall vor Augen, wo der Mann die Dos beim Tode der Frau nicht lucrirte, was bekanntlich häufig (?) der Fall war, wenn die Frau sich, wie das so häufig erwähnt wird (?), die Rückgabe der Dos in omnem casum stipulirt hatte" — so erscheint dieß als willkürliche Voraussetzung. — Die Verbindung der l. 5 §. 1 h. t. mit der vorigen Stelle ist ebenfalls nicht gerechtfertigt. Einfach betrachtet spricht dieselbe von der Collation der der Frau zur Collationszeit schon zurückgefallenen, in Geld bestehenden Dos. Daß die Frau dabei in mora sein kann, ist unzweifelhaft, und die Vergleichung mit dem emancipatus ist für unsere Frage ohne Interesse. — Die Berufung auf den völlig richtigen Satz, daß der emancipirte Collationspflichtige „bei einem bedingten Rückforderungsrecht nie durch Anrechnung des vollen Werthes, den Ausfall der Bedingung auf eigene Kosten zu tragen gehabt habe," ist unpassend, da der Schluß, daß also auch die emancipirte Tochter den in einer Dos bestehenden Theil ihrer bona (und die derselben gleichgestellte sua ihre dos) nicht nach ihrem Werthe zur Zeit der Collation zu conferiren gehabt hätte, eine petitio principii enthält. — Ueber die l. 1 §. 6 h. t., auf welche sich Fein ebenfalls beruft, s. o. S. 239. — Die l. 5 C. h. t. sucht Fein dadurch für sich zu benutzen, daß er die Worte: quum eo minus in partem delatae successionis auferre potueris nicht von einer Collation des Werths durch Einrechnen auf das Erbtheil, sondern in gezwungener Weise von der Zulassung einer Zurückbehaltung des Erbtheils durch die Collationsberechtigten wegen per inopiam nicht vorzunehmender Collation durch satisdatio versteht. Das Wort „potueris" deutet auch nicht „offenbar darauf hin, daß die Tochter zu dem eo minus auferre nicht geradezu verpflichtet war,

sondern daß sie die Collation auch noch auf andere Weise hätte beschaffen können," aus der Stelle geht vielmehr nur hervor, daß cavirt worden war (und dieß konnte ja mit Willen der Collationsberechtigten geschehen) und der Kaiser erklärt nur, die Frau hätte nicht zu caviren brauchen, sondern sich die Dos einrechnen lassen können (wie sie ursprünglich verpflichtet war). — Was endlich die Pflicht, die versprochene Dos augenblicklich zu conferiren, betrifft (s. o. N. 33), so muß Fein dieselbe anerkennen und es bleibt ihm nur übrig, sie für eine Ausnahme zu erklären, ohne freilich einen Grund für diese ausnahmsweise Behandlung anführen zu können. Wenn er diese Erklärung aber dadurch zu rechtfertigen sucht, daß die Fassung der l. 2 C. h. t. diese Art der Collation wirklich als Ausnahme erscheinen lasse, so dürfte dieß sehr zu bezweifeln sein. Der Kaiser sagt, obgleich, wenn die Dos nur versprochen ist, die Erbtheile der sui gleich sind, so muß doch (nihilo minus) conferirt werden, und zwar (wie durch die Natur der Sache geboten ist) durch Liberation der Brüder durch die Schwester.

Noch dürfte hier die Collation der dos receptitia zu berühren sein. Fein scheint anzunehmen, daß dieselbe nicht conferirt wird [38]), dafür findet sich aber in den Quellen kein Beleg. Die l. 1 §. 1 de dotis collat. handelt nur von einer Stipulation, durch welche die Dos nicht an die Frau, sondern an einen Anderen fällt. Darunter kann aber die Stipulation bei der technisch so genannten dos receptitia nicht fallen, deren Eigenthümlichkeit ja darin besteht, daß der Besteller sich den Rückfall für den Fall des Todes der Frau sti-

38) a. a. O. S. 153 sagt er: „Wegen dieses factischen Interesses (während der Dauer der Ehe) allein, wie es z. B. bei der dos receptitia vorkommt, wird nirgends behauptet, daß die dos in bonis mulieris sei."

pulirt [39]), also für den Fall, in welchem die Frau die Dos nicht erwirbt. Der §. 1 cit. geht vielmehr, wie aus dem Gegensatz deutlich hervorgeht, auf den Fall, daß ein Anderer als die Frau den Rückfall der Dos für die bei Lebzeiten der Frau erfolgende Auflösung der Ehe stipulirt (gleichviel, von wem die Dos kam und ob außerdem auch für den Fall des Todes des Manns stipulirt war). In diesem Fall soll die Frau nicht conferiren, und zwar deßwegen, weil sie zwar während der Dauer der Ehe Vortheile aus der Dos hat, diese aber weder in natura conferirt, noch ästimirt werden können. Weder der durch die Dotalbestellung allein bewirkte Umstand, daß die Frau verheirathet ist, noch die größere Achtung, welche sie als Dotirte genießt, noch die größere Sicherheit gegen willkürliche Scheidung der Ehe, welche sie der Dos verdankt, noch endlich die Alimentirung aus der Dos, deren Größe ja lediglich von dem Arbitrium des Ehemanns, welcher auch die undotirte Ehefrau alimentiren muß, abhängt — lassen eine Aestimation zu. — Aus diesem letzteren Grunde könnte man geneigt sein, zu schließen, daß diese „thatsächlichen Vortheile" bei der Collation überhaupt außer Betracht bleiben müßten und daher die rei uxoriae actio allein Gegenstand der Collation sei. Allein es ist irrig, daraus, daß ein bestimmtes Interesse allein in einem Falle nicht rechtlich geltend gemacht werden kann, schließen zu wollen, daß die Geltendmachung desselben im Zusammenhang mit anderen Interessen ebenfalls nicht möglich sei. Im Zusammenhang mit dem eventuellen Recht auf Rückfall der Dos können nun aber die während der Ehe vorhandenen Vortheile des Dotirtseins allerdings ästimirt werden. Geht man nämlich von der in Rom allgemein

39) Ulp. VI §. 5 vergl. mit §. 6 i. f.; l. 31 §. 1 de mortis causa donatt.

herrschenden Ansicht aus, daß es für die Frau vortheilhaft sei, eine Dos zu bestellen, d. h. das Recht an den Dotalgegenständen, resp. die Ausübung desselben aufzugeben und dafür die Vortheile des Dotirtseins während der Ehe (einschließlich des thatsächlichen Mitgenusses des Familienvermögens) und die eventuelle Dotalklage einzutauschen, so ergibt sich, daß die eventuelle Dotalklage zusammen mit den Vortheilen, welche das Dotirtsein während der Ehe gewährt, dem Werth der Dotalgegenstände selbst gleichgeachtet wurde.

Nicht nur den collationsberechtigten Miterben gegenüber aber wird das Interesse der Frau an der Dos anerkannt, sondern auch in anderen Beziehungen dient es zur Begründung einer Reihe von Rechtssätzen.

Die Ehefrau, welche ihrem Mann eine Sache ohne vorgängiges Versprechen und ohne Aestimation als Dos bestellt hatte, hat, wenn die Sache dem Ehemann evincirt wird, eine Klage auf Evictionsleistung gegen ihren Autor. Da sie in einem solchen Fall dem Ehemann nicht selbst Eviction zu leisten hat, so kann der Grund ihrer Klage nur ihr eigenes Interesse an der Dos sein. Bestände nun aber dieses Interesse lediglich in ihrer eventuellen Klage, so könnte sie nur dann klagen, wenn und soweit dieselbe begründet ist, also nach Auflösung der Ehe und wenn sie dann eine wirksame Klage auf die ganze Dos hat. Wenn ihr daher die Klage schon während der Ehe gegeben ist, so muß ihr Interesse schon ein gegenwärtiges sein. In der l. 22 §. 1 de evictionibus wird deßwegen als ihr Klagfundament angegeben quasi minorem dotem habere coepisset, vel nullam. Dotem habere, womit ihr Interesse an der Dos bezeichnet werden soll, umfaßt also auch das Interesse während der Ehe. In der l. 75 de jure dotium wird der Satz noch ausdrücklicher motivirt und

das Interesse der Frau als dotem habere, mulieris dotem esse bezeichnet.

In der l. 43 de administratione tutorum wird folgender Fall vorgelegt: der Curator der Frau hat als solcher dem Ehemann eine Dos versprochen, zu deren Beschaffung er das Vermögen der Curandin für hinreichend hielt; später stellte sich aber heraus, daß die Dos das Vermögen derselben überschritt. Paulus erklärt nun, daß die Ehefrau dem Curator auch schon während der Ehe aus diesem Versprechen hafte. Diese Haftung erklärt sich nur aus der rechtlichen Anerkennung der Vortheile, welche der Frau auch schon während der Ehe aus dem Dotirtsein entspringen. Der Jurist gibt daher auch als Grund seiner Entscheidung denselben an, „welchen man zur Begründung der Collation zu gebrauchen pflege [40])," „quia habet dotem."

Nach l. 25 §. 1. 2. quae in fraudem creditorum haftet die Frau, für welche vom überschuldeten Vater oder Fremden dem die Ueberschuldung nicht kennenden Ehemann eine Dos bestellt ist, den Gläubigern mit der actio Pauliana schon während der Ehe, auch wenn sie selbst die Verschuldung nicht kannte, „quia quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse intelligitur [41])."

40) Sicut in collatione bonorum dicitur. — Daß hier nicht etwa die Klage des Curators auf Cession der rei uxoriae actio gehen soll, ergibt sich aus dem Folgenden: quod si mulier suum curatorem adimplere non queat. — S. auch noch die folgende Anmerkung a. E.

41) Zweifel könnte erregen, daß es in Betreff der gutgläubigen Ehefrau nur heißt: quidam existimant, und Venulejus selbst mit dieser Entscheidung nicht ganz übereinzustimmen scheint: aut certe cavere eam debere quod consecuta fuerit, se restituturam. Dieses Bedenken des Juristen erklärt sich jedoch dadurch, daß die Entscheidung auf die Analogie der Schenkung (quia quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse intelligitur) gestützt ist, diese aber allerdings erst

Ulpian läßt in l. 4 §. 22. de doli mali exceptione gegen die Klage des Ehemanns auf die von dem Schwiegervater versprochene Dos gegen die Erben desselben eine exceptio doli aus der Person der Frau zu. Dieß kann nun wol nicht leicht eine andere Einrede sein, als die aus der Collationspflicht der Frau, welche die bonorum possessio agnoscirt oder sich in die Erbschaft gemischt, die collationsberechtigten Miterben aber nicht liberirt hatte (s. o. N. 33 und S. 242). Die zur Begründung dieser Exception durch die Erben gebrauchten Worte: cui (mulieri) ea pecunia acquiretur" und die zur Rechtfertigung dieser Begründung gegebene Erklärung Julian's: „dos enim — intelligitur filiae acquiri, quum per hoc dotem sit habitura" müssen mithin (auch nach Fein, der ja in diesem Fall ausnahmsweise auch die Collation der bestellten Dos anerkennt) nicht nur von dem „recht-

---

dann vollständig vorhanden ist, wenn die Dos an die Frau gefallen ist. Dieß gilt jedoch nur, wenn die Ehefrau in gutem Glauben ist. Weiß sie um die Verschuldung des Dosbestellers, so läßt auch Venulejus sie unbedingt haften, d. h. sie muß, wenn der Ehemann in gutem Glauben war, den Werth, der eben seines guten Glaubens wegen von ihm nicht revocirbaren Dos ganz bezahlen. Würde das Recht ihr Interesse an der Dos nur auf ihre eventuelle Klage beschränken, so würde sie auch in diesem Fall nur die Klage cediren oder Caution bestellen müssen, wie dieß in §. 2 für den bösgläubigen Vater der von einem Fremden dotirten filia familias bestimmt ist. — Auch in der vorher besprochenen l. 43 wird ein mögliches Bedenken angedeutet (vel certe), welches jedoch, wie aus den folgenden Worten hervorgeht, Paulus selbst nicht theilt. Dasselbe ist aber auch anderer Art, als das in der l. 25 §. 1; es konnte nur darüber entstehen, ob durch die Bestellung einer die Größe des Vermögens der Frau übersteigenden Dos utiliter für die Frau gehandelt sei. Dieß war natürlich nach Auflösung der Ehe nicht mehr fraglich. Daher heißt es nicht: vel certe cavere debet, sondern: vel certe post divortium (scil. tenet), jedenfalls haftet sie, wenn nach Auflösung der Ehe geklagt wird, da es nun sicher ist, daß utiliter gehandelt ist.

lichen Interesse" der Frau an der Dos, sondern auch von dem „factischen" verstanden werden.

Wenn zur genügenden Erklärung der bisher besprochenen Sätze nothwendig auf die rechtliche Anerkennung eines Interesses der Frau an der Dos neben ihrer eventuellen Klage recurrirt werden mußte, so ist dieß zwar in Betreff einiger anderen Sätze, welche ebenfalls auf das Interesse der Frau an der Dos gestützt werden und in welchen dieses in ähnlicher Weise bezeichnet wird, nicht nothwendig, indem diese sich auch aus dem in der eventuellen Klage allein bestehenden Interesse erklären lassen, es kann dadurch aber das aus den andern Stellen gewonnene Resultat nicht im mindesten entkräftet werden. Ein solcher Satz ist: daß die Frau die Gefahr der von einem Fremden, um der Frau zu schenken, dem Mann versprochenen Dos trage [42]; ferner der Satz, daß der Frau eine Klage auf Auszahlung der für sie dem Mann legirten Dos an den letzteren zusteht [43]. — Wenn die l. 7 de pactis dotalibus erklärt, daß der Vater nach constituirter Dos nicht ohne Zustimmung der Tochter zu deren Nachtheil vom Ehemann die Rückgabe der Dos sich oder einem Dritten wirksam versprechen lassen kann, und wenn in l. 3 §. 5 de minoribus die zu einem solchen Vertrag zustimmende minorenne Tochter restituirt wird, so kann, da ja ein solcher Vertrag das Verhältniß während der Ehe nicht berührt, als einziger Grund der aufgestellten Sätze das Interesse der Frau nach Auflösung

42) L. 33 de jure dotium. Ejus periculo est, cui acquiritur. Acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit.

43) L. 69 §. 2 de legatis I. Filia habet actionem, cujus maxime interest. L. 71 §. 3 de conditionibus et demonstrationibus. Legati quidem emolumentum ad Seiam, quae dotem habere incipit, pertinebit — mulieris interest, ut incipiat esse dotata. Ungezwungener erscheinen auch diese Worte, wenn man sie auf das Gesammtinteresse der Frau an der Dos bezieht.

der Ehe, die eventuelle Dotalklage, geltend gemacht werden. Es folgt daraus aber keineswegs, daß die zur Motivirung dieser Sätze gebrauchten Ausdrücke: quoniam jam acquisita mulieri dos tum esset und quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est[44]) an sich nur auf dieses Interesse bezogen werden können.

Einen stringenten Beweis für die Richtigkeit der gegebenen Begründung der eben angeführten Sätze und eine Erklärung der Terminologie der Juristen liefert noch die Behandlung des Vaters in den entsprechenden Verhältnissen. Der Vater conferirt die seiner Tochter irgend von wem bestellte Dos nicht, ehe sie ihm nicht in natura zugefallen ist. Der Vater hat nun aber, wie die Tochter, eine eventuelle Klage auf die Dos, und zwar, wenn die Tochter in seiner Gewalt ist, genau unter denselben Voraussetzungen und mit derselben Wirkung, wie diese, sowol in Betreff der dos profectitia, als der adventitia. Ist sie nicht mehr in seiner Gewalt, so hat er wenigstens die Klage auf die dos profectitia für den Fall des Todes der Frau während der Ehe. Wäre es nun lediglich das Klagrecht der Frau gewesen, aus welchem man die Collationspflicht derselben hergeleitet hätte, und wäre eben diese Klage das Collationsobject gewesen, so hätte nothwendig auch der Vater, wenigstens wenn die Tochter noch in seiner Gewalt war, conferiren müssen, und zwar ebenfalls durch Cautionsbestellung. (Die Argumentation Fein's[45]), daß „nach

44) Diese letztere, etwas frappante Bezeichnung der l. 3 §. 5 cit. erklärt sich aus dem vorhergehenden §. 4. In diesem wird nämlich angeführt, daß der Grund der Restitution des Haussohns nicht in seinem Interesse an dem Peculium liege, „magis enim patris quam filii interest." Im Gegensatz dazu wird nun das Interesse der Frau an der Dos als das vorzüglichere, dem des Vaters vorgehende bezeichnet.

45) a. a. O. S. 152.

dem regelmäßigen Verlauf der Dinge die Tochter, als die Jüngere, den Vater, und zwar bei bestehender Ehe — denn auch der Schwiegersohn werde regelmäßig jünger sein, als der Schwiegervater — überlebe und so die alleinige Inhaberin des bedingten Nomen auf Restitution der Dos werde [46])," könnte allenfalls als Erklärung einer indifferenten [47]) Terminologie gelten, aber gewiß nicht als Begründung eines römischen Rechtssatzes.) Interessant ist es nun, daß die Quellen die Nichtcollationspflicht des Vaters im Gegensatz zu der Collationspflicht der Frau behandeln, und daß sie dabei auf die zur Begründung der Collationspflicht der Frau gebrauchten Ausdrücke zurückkommen. Quia non sicut in matrisfamilias bonis esse dos intelligitur, ita et in patris a quo sit profecta [48]); quia (dos) in bonis ejus non est [49]); non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest [50]). Interessanter noch wird diese Begründung, wenn man damit vergleicht, daß es an anderen Stellen heißt: ipsius et filiae dos est [51]), dos communis est patris et filiae [52]). Hier handelt es sich um das Rechtsverhältniß nach Auflösung der Ehe bei Lebzeiten der filia familias, wo also die Rechte des Vaters und der Tochter in jeder

46) „Daß ein Verhältniß so dargestellt werde, wie es sich meistens im Leben gestalte," ist sicherlich nicht dem Verfahren „römischer Juristen" entsprechend, sobald dadurch der rechtliche Gesichtspunct verschoben wird.

47) Als indifferent kann aber die Terminologie, bei deren Feststellung Fein dieses Argument braucht, nach dessen eigenem Geständniß (S. 150 N. 15) nicht angesehen werden, da dieselbe ja später zur Begründung von Rechtssätzen gebraucht wird.

48) L. 4 de collationibus.

49) L. 1 §. 9 de dotis collat.

50) L. 71 de evictionibus.

51) L. 2 §. 1 soluto matrimonio.

52) L. 3 eodem.

Beziehung gleich sind und beide zusammen eine dem Inhalte der Dos genau entsprechende unbedingte Klage haben.

In derselben Weise wird der Vater von der Tochter verschieden behandelt in Betreff der Haftung mit der actio Pauliana (s. o. N. 41). Während wenigstens die bösgläubige Tochter auch während der Ehe haftet, braucht der Vater nur Caution für die Eventualität des Anfalls der Dos an ihn zu leisten.

Schließlich ist hier noch eine Stelle zu berücksichtigen, in welcher auch auf ein schon während der Ehe der Tochter vorhandenes, von seinem eventuellen Klagrecht verschiedenes Interesse des Vaters an dem Dotirtsein der Tochter Gewicht und hauptsächliches Gewicht gelegt wird. Auch der Vater kann nämlich nach l. 71 de evictionibus gegen seinen Auctor augenblicklich auf Evictionsleistung klagen, wenn eine von ihm als Dos gegebene Sache dem Schwiegersohn evincirt wird. Neben dem Interesse wegen des eventuellen Klagrechts, welches allein nicht zur augenblicklichen Klaganstellung genügen würde, ist es das aus der paterna affectio fließende Interesse filiam dotatam habere, mit welchem die Gewährung dieser Klage begründet wird. Trotzdem aber, daß hier diese beiden Interessen, das gegenwärtige und das eventuelle, wie bei der Tochter anerkannt werden, wird doch ausdrücklich erklärt, daß sein Verhältniß von dem der Tochter verschieden sei, und daß es von ihm nicht wie von der Tochter heiße, dos ejus est. —

Aus dem Allen ergibt sich nun folgendes Resultat: Obgleich die Römer das Rechtsverhältniß an der Dos so construirten, daß der Ehemann der selbstständig und allein Berechtigte wurde, und der Frau ihm gegenüber nur ein eventuelles Rückforderungsrecht zustand, so wurde dieß Verhältniß doch nicht nach allen Seiten so aufgefaßt, wie es unter Fremden sich gestaltet haben würde, sondern diese Construction er-

schien nur als der dem Wesen der Ehe am meisten entsprechende Ausdruck für die eheliche Gemeinschaft nach der einen und hauptsächlich in Betracht kommenden Seite hin. Wenn und soweit aber diese rechtliche Construction nicht als entsprechender Ausdruck der ehelichen Gemeinschaft sich darstellte, faßte das Recht die letztere in ihrer thatsächlichen Beschaffenheit auf und erkannte an, daß die Frau die Dotalgegenstände, resp. deren Werth, ihrem Vermögen nicht in der Art entfremdet habe, wie dieß durch die Uebertragung an einen Dritten (wenn auch mit eventuellem Rückforderungsrecht) geschehen wäre, und wie dieß z. B. ausdrücklich von dem eine Dos bestellenden Vater erklärt wird [53]), sondern daß die Dos, wie dieß durch die besondere Natur des ehelichen Zusammenlebens möglich ist, fortdauernd ihrem Vermögen thatsächlich angehöre und daß sie durch dieselbe, resp. mit deren Werth, an dem ehelichen Vermögen participire. Eine juristische Formulirung erhielt dieß Verhältniß allerdings nicht und konnte es nicht wol erhalten, es fand aber als thatsächliches seine rechtliche Anerkennung in den besprochenen Sätzen. Dieses thatsächliche Verhältniß drücken nun auch die in den Quellen angeführten Motive: mulier habet dotem, mulieris est dos, mulieri acquiritur dos in völlig entsprechender Weise aus, und daß sie gerade dieß Verhältniß und nur dieses ausdrücken sollen, ergibt sich daraus, daß das rechtlich anerkannte Interesse des Vaters ausdrücklich nicht so bezeichnet wird [54]), von dem Verhältniß des Ehemanns zur Dos aber dieselben Ausdrücke gebraucht werden [55]).

---

53) Abscessit a bonis patris. L. 9 de dotis collatione.

54) S. namentlich l. 71 de evictionibus u. o. S. 250.

55) Z. B. l. 75 J. D.: quamvis in bonis mariti dos sit. Zu dem thatsächlichen Haben kömmt hier noch das dem Mann zustehende Recht. — Aus der Fassung der angeführten Stelle ergibt sich, wie

Schon oben (S. 230) ist angedeutet worden, daß die Bestimmungen über die Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen aus der Idee der ehelichen Gemeinschaft hervorgegangen seien. Es soll hier etwas näher darauf eingegangen werden. Bekanntlich wird der Satz gewöhnlich so formulirt: Schenkungen unter Ehegatten sind unwirksam, und hinterher wird eine Anzahl von Ausnahmen aufgestellt. Um das wahre Wesen und die Gründe der Entstehung dieses Satzes aufzusuchen, scheint es mir jedoch irrig, von dem Begriff der Schenkung, als einem anderweit schon festgestellten, auszugehen, denn gerade die Unwirksamkeit der Schenkungen in der Ehe hat ja „vorzugsweise den Juristen zur genaueren Ausbildung des Begriffs der Schenkung" Veranlassung gegeben[56]). Deßwegen und wegen des verschiedenen Gebrauchs des Worts Schenkung in der engeren und weiteren Bedeutung scheint es geeigneter, hier von dem Begriff der Zuwendung ohne Gegenleistung auszugehen und zu fragen, ob und mit welcher Wirkung solche zwischen Ehegatten stattfinden können. Diese Frage dürfte nun im Allgemeinen dahin zu beantworten sein, daß derartige Zuwendungen auch zwischen Ehegatten vorkommen können, dieselben jedoch hinsichtlich ihrer Form und ihrer Wirkung durch die sittliche und rechtliche Natur der Ehe influirt werden. Im Einzelnen sind aber die Zuwendungen von Seiten des Manns und die von Seiten der Frau gesondert zu betrachten, da sie nach der verschiedenen Stellung des

---

schon oben bemerkt (N. 27), die Unmöglichkeit, daß dos in Beziehung auf die Frau technischer Ausdruck für „die Rechte der Frau in Bezug auf die Dotalobjecte sei," wie Meyerfeld a. a. O. S. 41 behauptet.

56) Savigny, System. Bd. IV. S. 7. Von den Folgen des Untergangs des Geschenks ist in den Quellen nur in Beziehung auf die Schenkung in der Ehe die Rede. Ebendas. S. 74.

Manns und der Frau in der Ehe einen verschiedenen Charakter haben [57]).

Das begriffsmäßige fortdauernde Zusammenleben der Ehegatten, das Theilnehmen an ihren beiderseitigen Schicksalen läßt es als das Naturgemäße erscheinen, daß der Mann nicht, wie das bei einem Fremden, welchen er unterhalten will, zweckmäßig ist, der Ehefrau fruchttragende Sachen oder Geld zu Eigenthum überträgt, einen Ususfruct bestellt oder bestimmte Alimente aussetzt, sondern daß er fortdauernd für ihre einzelnen Bedürfnisse sorgt. Er überträgt ihr daher auch völlig rechtswirksam Geld und Sachen, um bestimmte Bedürfnisse durch Consumtion oder Veräußerung derselben zu befriedigen, und es ist dabei einerlei, ob die Frau derartige Ausgaben von ihrem eigenen Vermögen zu bestreiten pflegte, ja sogar, ob sie diese Ausgaben in dem Ehevertrag auf ihr Sondervermögen übernommen hatte oder nicht [58]). Auch die Natur dieser Bedürfnisse ist völlig gleichgültig; nicht nur zum nothwendigen Unterhalt, sondern auch zu Luxuszwecken und zu Ehrenausgaben macht der Mann der Frau völlig wirksam Zuwendungen. Er kann ihr aber auch, statt zu den einzelnen Bedürfnissen, wenn diese entstehen, jedesmal besondere Zuwendungen zu machen, zur Bestreitung aller ihrer Bedürfnisse oder einzelner Arten derselben den Vermögensumständen entsprechende Summen in bestimmten Zeiten geben (annuum, menstruum) [59]), die dann als Aequivalent für die

57) Schon Savigny, a. a. O. S. 174, deutet die verschiedene Stellung des Manns und der Frau in Betreff der Zuwendungen an, hat dabei jedoch nur die Dosbestellung im Auge, während auch in anderer Beziehung, namentlich bei dem annuum, die Verschiedenheit wirksam hervortritt. S. u. N. 62.

58) L. 21 pr. de donatt. int. vir. et uxor.

59) L. 15. l. 33 h. t. Eine solche Rente kann zufällig den Zinsen oder Früchten der Dos gleich sein. L. 21 §. 1. l. 28 §. 7 h. t.

zu reichenden Alimente[60]) oder bestimmte Arten derselben gelten. Er überläßt ihr ferner gültig Sachen zum einfachen Gebrauch oder auch, um aus den Früchten derselben ihre Bedürfnisse zu bestreiten. Er hat daher keinerlei Anspruch auf die zur Consumtion übergebenen Sachen und Früchte, sobald diese consumirt sind, er kann für die Benutzung seiner Sclaven durch die Frau, für die Einräumung seines Wohnhauses keine Entschädigung fordern, eben so wenig für die Deterioration der zum Gebrauch übergebenen Sachen. — Der Ehemann kann aber, wenn er es für geeignet hält, später in anderer Weise für den Unterhalt der Frau zu sorgen, die zum Gebrauch oder zur Fruchtziehung überlassenen Sachen wieder zurücknehmen, er braucht die versprochene Rente nicht in derselben Größe oder gar nicht weiter auszuzahlen, er kann von den gezogenen Früchten, sobald diese nicht als Aequivalent der Alimente aufgefaßt waren, und von den prästirten Geldrenten, sobald diese wegen ihrer Größe nicht als derartiges Aequivalent aufgefaßt werden konnten[61]), zurückfordern, was nicht consumirt ist[62]). Der Ehemann kann ferner die Ehefrau

60) Eine Rente, welche gleich ist den Zinsen oder Früchten der Dos, gilt als Aequivalent der gesammten Alimente. L. 21 §. 1 h. t.

61) L. 15 pr. h. t.

62) In der Frage nach der Herausgabe der Früchte scheint mir, wenn man von dem Unterschied zwischen der einfachen Zuwendung und der Auffassung derselben als Aequivalent der Alimente ausgeht, ein unlösbarer Widerspruch der Quellen nicht vorhanden. Wenn die Früchte selbst Gegenstand der Schenkung sind, so wurde anerkannt, daß die Bereicherung condicirt werden kann. Ich berufe mich dafür nicht sowol auf l. 9 §. 1 de donatt., da hier von einem ganz anderen Gesichtspunct aus das Verhältniß betrachtet ist, sondern auf diejenigen Stellen, welche von der Rückgabe der der Ehefrau überlassenen Dotalfrüchte handeln. Was die Früchte der geschenkten Sache betrifft, so sprechen die Quellen meines Wissens nur in Betreff der während der Ehe zurückgezahlten Dos von der Verpflichtung, die aus den Früchten gewonnene Bereicherung mit herausgeben zu müssen, die

zur Erbin einsetzen, ihr Vermächtnisse hinterlassen und auf den Todesfall schenken. Ebenso kann er ihr in jeder Weise

völlige Gleichheit der Refusion der Dos mit den anderweiten Schenkungen, soweit es sich um die Rückforderung des refundirenden Ehemanns handelt (s. u.), bestimmt mich aber, diese Sätze allgemein für alle Schenkungen zu fassen. Unterstützend wirkt dabei die materielle Gleichheit des Verhältnisses mit der Schenkung der Früchte selbst und die Analogie des bonae fidei possessor. Die von Savigny angeführten Stellen scheinen mir hingegen hierfür nicht angeführt werden zu können. Marcellus, welchem Savigny die consequenteste Meinung zuschreibt, handelt in l. 49 h. t. lediglich von der Wirksamkeit der Schenkung eines Landguts der Frau an den Ehemann, damit es nach dessen Tod an den gemeinschaftlichen Sohn falle, resp. von der Erreichung dieser Absicht. Die Frage kann nur interessant werden für den Fall, daß die Frau vor dem Ehemann stirbt und ihre Erben das Landgut beanspruchen. Da Marcellus vor der oratio D. Severi schrieb, so geht er natürlich davon aus, daß, wenn eine Schenkung an den Ehemann vorliege, dies Geschäft unwirksam sei und auch nicht durch den Tod der Frau convalescire, und es handelt sich nur um die Untersuchung, ob eine solche unwirksame Schenkung vorliege. Diese Frage bejaht der Jurist nur für den Fall, daß der Mann in der Zwischenzeit einen Vortheil aus der Schenkung haben solle. In wie weit er selbst aber der Ehefrau oder deren Erben gegenüber hafte, wird, als für die behandelte Frage ohne Interesse, nicht untersucht. — Ebenso wenig ist für unsere Frage die l. 45 de usuris entscheidend; sie handelt, wie schon aus ihrer Stellung hervorgeht, nur von dem Erwerb der Früchte, nicht von der Rückgabe derselben, und bestimmt, daß der beschenkte Ehegatte fructus percipiendo ex re donata suos facit. Dieß mit Savigny a. a. O. S. 42 N. 9 zu erklären: „er darf sich durch die Früchte rechtmäßig bereichern," scheint mir nicht gerechtfertigt, da die Stelle in ihrem weiteren Verlauf ausdrücklich auf den bonae fidei possessor Bezug nimmt, bei diesem aber das suum facere im Verhältniß zum Eigenthümer nur den Ausschluß der Condictio der consumirten Früchte bezeichnet. Was die Distinction dieser Stelle zwischen s. g. Industrial- und Naturalfrüchten betrifft, so kann man darin nicht eine Besonderheit für die Schenkungen in der Ehe erkennen, sondern es liegt die Anwendung einer von einigen alten Juristen aufgestellten, später aber verworfenen derartigen Unterscheidung bei dem Fruchterwerb des nicht malae fidei possessor auf den einzelnen Fall vor.

feste Zuwendungen machen für den Fall einer bevorstehenden Scheidung [63]). Alle diese in den Quellen anerkannten Zuwendungen entsprechen dem Verhältniß des Manns zur Frau, und zwar erscheinen die zuerst erwähnten als Zuwendungen, wie sie durch dieses Verhältniß bedingt sind, die zuletzt erwähnten aber, auch anderwärts häufig vorkommend, enthalten nichts diesem Verhältniß Zuwiderlaufendes. Alle anderen Arten von Zuwendungen aber stellen sich als diesem Verhältniß nicht entsprechend dar.

(Heimbach, Die Lehre von der Frucht. S. 41.) Wollte man der Unterscheidung, auch für die Rückgabe eine practische Bedeutung geben, so könnte es nur die sein, daß der Beschenkte auch die consumirten Nichtindustrialfrüchte ersetzen müßte. L. 9 §. 1. l. 11 de donationibus führt Savigny bei der Beurtheilung der vorliegenden Frage mit Recht nicht auf. Die für die Ansicht, daß die Bereicherung aus den Früchten nicht herauszugeben sei, angeführte Hauptstelle ist die l. 17 pr. h. t.: fructus ut usuras licitam habere donationem. Berücksichtigt man aber, daß hier nur von einer beschenkten Ehefrau die Rede ist, daß die Stelle mit der l. 15 §. 1 h. t., welche aus demselben 32. Buch Ulpian's ad Sabinum genommen ist und ebenfalls Julian's Ansicht referirt, eng zusammenhängt, daß aber l. 15 pr. von dem besonderen Recht des der Frau gegebenen annuum handelt, so dürfte man wol ohne allzu große Willkür die l. 17 pr. auf den (wol sehr häufigen) Fall beschränken, daß der Ehemann der Frau ein Gut geschenkt hatte in der Absicht, daß sich die Ehefrau aus den Revenüen ganz oder theilweise alimentiren solle, daß also die Früchte, weil sie als Aequivalent der Alimente galten, unwiderruflich in das Eigenthum der Frau übergingen. In der l. 21 §. 1 h. t. ist diese Auffassung ausdrücklich ausgesprochen für den Fall des Erlasses der versprochenen Zinsen von der versprochenen Dos. Vergl. auch l. 28 §. 7. h. t. (Nicht entgegen ist l. 22 de pactis dotalibus.) Wo die Früchte nicht als Aequivalent der Alimente gelten, muß auch die Frau die Bereicherung aus den Früchten herausgeben, also auch bei der refusio dotis; ist ihr die Dos jedoch ut se suosque alat herausgegeben, so liegt wieder ein Alimentenäquivalent vor.

63) Die Bestimmungen der lex Julia über die decimae sind für unsere Frage ganz ohne Bedeutung.

Will der Ehemann nämlich der Frau schon während der Ehe Vermögen definitiv zuwenden, also z. B. nicht zur Consumtion bestimmte Sachen zu Eigenthum übertragen, ihr dingliche Rechte bestellen, sich ihr verpflichten, so kann dieß aus der Absicht hervorgehen, daß die Frau ihren Unterhalt aus dem übertragenen Vermögen bestreiten soll. Hier läge in der beabsichtigten definitiven Entäußerung der Alimentationspflicht das uneheliche Handeln — während eine nur zeitweilige, ihrer Dauer nach von dem Ermessen des Ehemanns abhängige Trennung den Umständen entsprechend erscheinen kann. Uebertrüge er das Vermögen, ohne damit die Absicht zu verbinden, sich der Unterhaltung der Ehefrau zu entschlagen, also die Gemeinschaft aufzuheben, so läge das Uneheliche darin, daß das übertragene Vermögen ausdrücklich den ehelichen Zwecken entfremdet und als Sondergut bestellt würde. Die Frau handelte aber auch durch Annahme einer solchen definitiven Zuwendung unehelich, da sie im ersten Fall in die Trennung der Gemeinschaft willigte, im zweiten Fall ihr Sondervermögen auf Kosten des ehelichen Vermögens vermehrte und durch ihre eigene Bereicherung den Ehemann möglicher Weise in die Lage versetzte, bei Veränderung der Vermögens- und Lebensverhältnisse den Unterhalt der durch die Ehe verbundenen und aus ihr entsprossenen Personen nicht mehr in gehöriger Weise beschaffen zu können [64]). Das Recht erkennt deßwegen von Alters her eine derartige, dem Wesen der Ehe widersprechende Absicht des zuwendenden Ehemanns und der empfangenden Ehefrau, nach welcher beide nicht als Ehegatten, sondern gleichsam als einander fremd gegenüberstehende Personen handeln würden, nicht als rechts-

64) Auf diesen letzteren Punct gerade legen die Römer großes Gewicht, s. z. B. l. 3 pr. h. t.

wirksam an, und es bedarf deßwegen auch nie einer Untersuchung, ob die Absicht des Ehemanns auf definitive Bereicherung der Frau gerichtet war oder er ihr lediglich eine der eben besprochenen Zuwendungen während der Ehe machen wollte. Alle Zuwendungen werden so beurtheilt, wie wenn sie aus der letzteren Absicht hervorgegangen wären. Der Ehemann fordert deßwegen jede aus der geschenkten Substanz oder den Früchten derselben vorhandene Bereicherung der Frau zurück, soweit nicht die Qualificirung einer Zuwendung als annuum modificirend einwirkt. — Welche Theile des Vermögens der Mann der Frau überträgt, ist hierbei gleichgültig. Auch wenn er die Dos der Ehefrau schon während der Dauer der Ehe zurückgibt, handelt er unehelich [65]). Ja, man könnte

65) Die Herausgabe der Dos muß ganz nach denselben Principien beurtheilt werden, wie eine Zuwendung aus dem sonstigen Vermögen des Ehemanns. Francke (Archiv f. civilist. Praxis. B. XVIII. S. 11) behauptet mit Recht, die Unwirksamkeit der Herausgabe der Dos beruhe nicht auf denselben Principien, wie die Unwirksamkeit der Schenkung unter Ehegatten. Dieß gilt aber nur für die Unwirksamkeit der Frau gegenüber, welche sich als Nichtbefreiung des Manns von der Verpflichtung, die Dos in gewissen Fällen der Auflösung der Ehe zurückzuzahlen, darstellt, keineswegs aber für die davon völlig verschiedene Unwirksamkeit dem refundirenden Mann gegenüber, welche sich in der Revocation desselben äußert. Francke, welcher diese beiden verschiedenen Seiten nicht scharf aus einander hält, behauptet, die Herausgabe der Dos unterscheide sich nach den Quellen von der Schenkung des Ehemanns dadurch, daß mit der herausgegebenen Dos die vorhandenen Früchte zurückgegeben werden müßten, die Früchte der geschenkten Sache aber alle von dem Beschenkten lucrirt würden. Hiergegen verweise ich auf die Ausführungen in N. 62. Wenn er aber weiter behauptet, nach den Grundsätzen über Schenkung der Ehegatten hätte die Herausgabe der Dos deßwegen wirksam sein müssen, weil ja die Vorausbezahlung noch nicht fälliger Schulden unter Ehegatten gültig gewesen sei, so ist dieß Argument irrig: formell deßwegen, weil ja die Obligation der Zurückgabe der Dos nicht eine betagte, sondern eine bedingte ist; sowol ihre Existenz, als die

sogar behaupten, daß, da die Dos speciell als ad sustinenda matrimonii onera dienend bezeichnet wird, bei der Herausgabe derselben das Uneheliche noch prägnanter hervortrete, als bei Zuwendungen aus dem ursprünglich dem Mann gehörigen Vermögen.

Wenden wir uns zu den Zuwendungen der Ehefrau an den Ehemann, so kann in einer Zuwendung aus dem Sondergut derselben an den Ehemann an sich etwas Uneheliches nicht liegen. Die Ehefrau ist zwar mit ihrem Sondergut nicht in die Ehe eingetreten und sie ist zu keiner Verwendung desselben zum Besten der Ehe verpflichtet, sie kann aber über dasselbe völlig frei verfügen und es daher auch zum Besten des Ehemanns gültig verwenden.

Die Natur der Ehe gibt der Frau Gelegenheit, ohne eine rechtliche Uebertragung des Vermögens selbst dem Mann den Nutzen aus demselben zu Theil werden zu lassen, indem sie entweder in einzelnen Fällen seine oder der Kinder Bedürfnisse bestreitet oder ihm, wie das häufig geschah, das Sondervermögen oder einen Theil desselben zum Gebrauch oder zur Fruchtziehung precär in der Weise überläßt, daß derselbe die Bedürfnisse der Ehe aus demselben selbst bestreiten kann. Sie kann derartige Ueberlassungen aber natürlich jeden Augenblick widerrufen und hat dann auch eine condictio auf die aus dieser Ueberlassung dem Mann gewordene Bereicherung [66]. —

Größe ihres Objects (Retentionen) hängen von Bedingungen ab, deren Eintritt selbst (nicht nur die Zeit des Eintritts) ungewiß ist. Materiell liegt die Verschiedenheit darin, daß gerade das Haben und Benutzen der Dos während der Ehe der Zweck der Dosbestellung ist, der Ehemann also durch frühere Herausgabe gerade diesen ihm zugewandten Vortheil übertragen, also sicherlich schenken würde, wie dieß durch Bestellung eines Ususfructus oder Verzicht auf einen solchen an Sachen der Frau bestellten geschähe.

66) Die Bereicherung ist vom Mann immer herauszugeben, auch

Die Frau kann dem Mann aber auch einen Theil ihres Sondervermögens durch einen Rechtsact übertragen oder das gesammte Sondervermögen seiner charakteristischen Eigenschaft entkleiden und für zum Besten der Ehe verwendbar erklären: auch während der Ehe kann die Frau fortwährend Vermögensstücke zur Dos geben. Der Mann erwirbt dann ganz dieselben Rechte, wie er sie an den bei Eingehung der Ehe zur Dos bestellten Vermögensstücken erworben hatte, also namentlich Eigenthum an Sachen. Ohne einen besonderen Vertrag bleibt eine solche Dos also, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wird, ebenfalls bei dem Mann. Für den Fall des Vorhandenseins von Kindern kann die Frau von Anfang an das Verbleiben der Dos bei dem Mann auch für den Fall der Scheidung feststellen. Ebenso kann sie dem Ehemann das Verbleiben einer schon früher bestellten Dos vertragsmäßig zusichern. Sie kann endlich dem Mann von Todes wegen und für den Fall einer bevorstehenden Scheidung definitive Zuwendungen machen und denselben letztwillig bedenken.

Die Frau hat also hiernach die Möglichkeit, dem Mann Zuwendungen aller Art zu machen, welche dem ehelichen Verhältniß entsprechen; sie kann ihm thatsächlich und rechtlich den Genuß ihres Sondervermögens einräumen, sie kann für ihn von Todes wegen sorgen, und zwar in Verbindung mit der Zuwendung während der Ehe oder ohne dieselbe. Namentlich aber ist von dem Recht eine bestimmte Form gegeben, in welcher die Frau dem Mann schon während der Ehe und mit bestimmten Wirkungen nach Auflösung derselben Zuwendungen aus ihrem Sondervermögen machen kann. Das Do-

---

wenn die Frau ihm ein „annuum" gegeben hatte, denn da ihr nicht die Alimentation des Ehemanns obliegt (incongruens est et contra sexus naturam l. 33 §. 1 h. t.), so kann es auch nicht als Aequivalent für eine solche gelten.

talrecht, welches diese Möglichkeit gewährt, enthält aber nicht nur subsidiäre Bestimmungen für den Fall, daß die Parteien nicht vertragsmäßig das Rechtsverhältniß festgestellt haben, sondern dasselbe geht von der Voraussetzung aus, daß es die Absicht, zu dem ehelichen Vermögen einen Beitrag zu liefern und die maritalis affectio sei, welche die Ehefrau bestimmen, dem Ehemann Zuwendungen zu machen, und gestattet daher zwar den Ehegatten, über die Schicksale der Dos nach Auflösung der Ehe Verträge abzuschließen, erkennt aber Dispositionen, durch welche jene Absicht nicht erreicht wird und welche nicht als Aeußerungen dieser affectio angesehen werden können, nicht an. Dotalverträge, welche das Verbleiben der Dos in dem Vermögen des Manns für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod des Manns oder der kinderlosen Ehe durch Scheidung festsetzen, sind unwirksam. Dieser prohibitive Charakter des Dotalrechts muß nun aber nothwendig dahin führen, auch solche Rechtsgeschäfte, welche zwar zunächst nicht unter das Dotalrecht zu fallen scheinen, jedoch die prohibirte Wirkung haben sollen, als unwirksam erscheinen zu lassen. Eine von der Frau vorgenommene definitive Zuwendung, wie sie unter Fremden als Schenkung vorkömmt, unterschiede sich von einer Dosbestellung mit der vertragsmäßigen Bestimmung, daß die Dos in allen zulässigen Fällen bei dem Mann bleiben solle, nur dadurch, daß das zugewandte Vermögen auch in den beiden durch das Dotalrecht prohibirten Fällen in dem Vermögen des Ehemanns bliebe. Das Recht kann dieselbe deßwegen, als dem ehelichen Verhältniß zuwider laufend, nicht anerkennen. Es wäre nun allerdings eine Rechtsbildung in der Art denkbar gewesen, daß man alle Zuwendungen an den Ehemann nach Dotalrecht beurtheilt und also dieselben nicht für absolut unmöglich, sondern nur in denjenigen Fällen für unwirksam erklärt hätte, in

welchen sie als unehelich sich herausstellten. Daß diese allerdings mögliche Rechtsbildung nicht stattfand, scheint mir darin seinen Grund zu haben, daß die Dosbestellung regelmäßig in bestimmten unzweifelhaften Ausdrücken vorgenommen wurde, bei anderweitigen Zuwendungen aber es oft zweifelhaft bleiben mochte, ob die Frau dem Mann nur in precärer Weise den Gebrauch einer Sache einräumen, eine Sache oder eine Summe Geldes zur Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfnisses zuwenden oder ihm eine definitive Vermehrung seines Vermögens dadurch verschaffen wollte. Das eheliche Verhältniß bringt es aber nicht nur mit sich, daß die wahre Absicht der Ehefrau schwer erkennbar ist, sondern es rechtfertigt sogar die Unbestimmtheit der Absicht selbst, und die Bezeichnung der Zuwendung als donatio gewährt bei der selbst bei den Juristen häufigen Unbestimmtheit des Ausdrucks [67]) nicht den geringsten Anhalt. Hätte man daher jede s. g. donatio als feste Einräumung eines Rechts nach Dotalrecht auffassen wollen, so würde dieß der Absicht der Ehefrau häufig nicht entsprochen haben, und es erschien als das Naturgemäßeste, jede s. g. donatio im Zweifel [68]) als lediglich thatsächliche Zuwendung aufzufassen.

Nach der gegebenen Darstellung hat also der von den römischen Juristen als „Unwirksamkeit der Schenkungen unter Ehegatten“ formulirte Satz nicht den Sinn: Zuwendungen, welche zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen als donationes rechtlich anerkannt werden, sind unwirksam, wenn sie zwischen Ehegatten stattfinden, sondern: Zuwendungen unter Ehegatten werden dann

67) Savigny a. a. O. §. 143 N. i. k. l.

68) Daß natürlich der Beweis der Absicht, eine Dos zu bestellen, nachgelassen werden konnte, ist wenigstens für das spätere (vorjustinianische) Recht unzweifelhaft.

rechtlich anerkannt, wenn sie dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft gemäß vorgenommen werden, d. h. die Gemeinschaft des Genusses des beiderseitigen Vermögens befördern und nicht vielmehr dieselbe aufheben. Diejenigen Sätze, welche als Ausnahme der allgemeinen Regel, wie sie von den Römern formulirt wurde, aufgefaßt werden, erscheinen nun auch fast alle als Consequenzen des oben aufgestellten Princips [69]), und es lassen sich aus demselben noch manche scheinbare Ausnahmen der Art ableiten.

Die durch die oratio D. Severi eingeführte Veränderung zeigt sich ebenfalls als eine völlig consequente Fortbildung des Rechts. Da nämlich in der Absicht des Ehegatten, welcher dem anderen eine definitive Zuwendung macht, auch die Absicht enthalten ist, daß derselbe das zugewendete Vermögen nach Auflösung der Ehe durch seinen, des Zuwendenden, Tod

69) So namentlich die donatio divortii causa, exilii causa, ad processus, honoris causa. Ein detaillirtes Eingehen auf diese Sätze würde hier zu weit führen, erscheint aber auch als überflüssig, darum berühre ich hier nur einige Puncte. Die justinianische Bestimmung Betreffs der Schenkungen des kaiserlichen Ehepaars ist natürlich als Ausnahme aufzufassen, dieselbe ist jedoch in ihrer positiven Gestaltung ohne alles Interesse. — Die Zulassung eines mäßigen Festgeschenks bildet zwar, da ein solches, der Sitte gemäß, nur durch definitive Uebertragung in das Vermögen der Ehefrau beschafft werden kann, ebenfalls eine Ausnahme des formulirten Satzes, stellt sich aber, da derartige Zuwendungen durch die Sitte gerechtfertigt, ja gleichsam geboten sind, sobald es nicht übermäßig ist, nicht als dem Wesen der Ehe zuwiderlaufend dar, und es paßt gerade hierauf das Argument des Paulus: nec tanquam inter infestos jus prohibitae donationis tractandum, sed ut inter conjunctos maximo affectu (l. 28 §. 2 h. t.). — Noch zu bemerken ist, daß „aedes" der Frau, zu deren Herstellung der Mann ihr gültig Zuwendungen macht (l. 14 h. t.), das Wohnhaus (welches sie allein oder mit dem Ehemann bewohnt) ist, nicht ein Miethhaus, aus welchem die Frau Miethzins zieht (insula), vergl. l. 13 §. 2. l. 18 h. t.

habe, diese Absicht aber, sowie die des Empfängers an sich nicht dem Wesen der Ehe zuwiderlaufend ist und deßwegen auch besonders ausgesprochen in einer mortis causa donatio von jeher rechtlich anerkannt wurde, so erscheint eine, freilich nur durch die Aufstellung eines neuen Rechtssatzes mögliche, Zerlegung der Absicht des schenkenden und empfangenden Ehegatten und eine demgemäße verschiedene Beurtheilung des Geschäftes selbst als gerechtfertigt. Eine Zuwendung unter Ehegatten wird seit der oratio D. Severi nicht nur dann für wirksam erklärt, wenn das Geschäft überhaupt dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft nicht widerspricht, sondern (auch wenn das Geschäft an sich zwar einen derartigen Widerspruch in sich enthält, derselbe aber nicht in allen seinen Wirkungen vorhanden ist) — soweit das Geschäft der ehelichen Gemeinschaft nicht widerspricht, d. h. als mortis causa donatio. Soweit ein solcher Widerspruch jedoch vorhanden ist, also z. B. soweit es sich auf das Verbleiben des Vermögens bei dem geschiedenen Ehegatten bezieht — veteri jure statur[70]).

Auf das wahre Wesen der behandelten römischen Rechtssätze hat zuerst Hasse[71]) aufmerksam gemacht, doch ist diese Auffassung keineswegs allgemein angenommen worden. Die von Gans[72]) geltend gemachte Anschauung, daß in der Unwirksamkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten die „Getrenntheit und Ungemeinschaftlichkeit der römischen Ehe ihre höchste Spitze habe, ist am schlagendsten durch Puchta[73]) widerlegt worden[74]). Was aber die auf die in den Quel-

70) L. 32 §. 10 h. t.

71) a. a. O. S. VIII. 226.

72) Das römische Erbrecht. Bd. I. S. 25.

73) Vorlesungen. §. 425.

74) Wenn Gans a. a. O. Bd. II. S. 295 Note in seiner Polemik gegen Hasse (welcher den wahren Grund der Unwirksamkeit

len [75]) angeführten Motive sich stützende Auffassung der besprochenen Sätze betrifft, welche dieselben aus der Utilitätsrücksicht hervorgehen läßt, daß zu befürchten sei, die Ehegatten möchten sich aus gegenseitiger Liebe ausplündern lassen ꝛc., so spricht dagegen schon die Entstehung der Sätze. Nicht ein weiser Gesetzgeber hat in vormundschaftlicher Sorge für das Wohl seiner Unterthanen, um Mißbrauch zu verhüten, den Ehegatten die an sich unbestrittene Fähigkeit entzogen, sich gegenseitig Zuwendungen zu machen, sondern die Unwirksamkeit beruht auf dem alten Recht, in welchem wol schwerlich irgend eine derartige, aus Utilitätsrücksichten so schwacher Art hervorgegangene singuläre Rechtsbildung anzutreffen sein möchte. Die Gründe beweisen aber auch zu viel, denn aus ihnen hätte die Unwirksamkeit aller Zuwendungen der Ehegatten an einander hervorgehen müssen. Oder ist vielleicht we-

---

der betreffenden Schenkungen in einer vielleicht nicht ganz glücklichen Wendung vertheidigt) die Frage aufwirft, „ob bei selbst angenommenem getrennten Gute die Erleichterung des Uebergangs oder die Erschwerung desselben mehr die Trennung der Güter auf eine „„empörende Weise hervordränge,““ und ob man etwa von einer Erschwerung des Uebergangs sagen dürfe, sie sei deßwegen eingeführt, damit sich die Trennung der Güter nicht hervordränge, die eben in dieser Erschwerung des Uebergangs ihre vollständigste Hervordrängung hat“ — so würde dieser Einwand allerdings dann, aber auch nur dann stichhaltig sein, wenn das römische Recht überhaupt Zuwendungen der Ehegatten an einander für unwirksam erklärte oder erschwerte.

75) Daß es römische Juristen sind, welche derartige Motive anführen, verleiht diesen selbst keinen größeren Werth, da es sich ja um eine Bildung des alten Rechts handelt, dessen Verständniß den späteren Römern oft ferner lag als uns. Machen wir uns doch auch nicht im Geringsten ein Gewissen daraus, an die Stelle in der späteren Zeit üblicher Auffassungen der alten römischen Geschichte oft ganz entgegengesetzte neu gewonnene zu setzen. Vergl. Gans a. a. O. B. I. S. 28 N.: „für das, was es (das römische Volk) nicht in Begriffe fassen konnte, sieht es sich nach psychologischen Gründen um, die eben deßwegen sehr trivial erscheinen müssen.“

niger zu besorgen, daß eine Ehefrau dem Ehemann aus ihrem Sondervermögen eine Dos bestellt oder über die bestellte für sie ungünstige Verträge abschließt, daß der Ehemann der verschwenderischen Ehefrau Geld über Geld zur Toilette und zu Luxusausgaben gibt, als daß sie sich unter den Begriff von unwirksamen Schenkungen fallende Zuwendungen machen? Die Gründe würden aber auch nicht einmal auf Ehegatten allein passen. Ist die Zärtlichkeit von Brautleuten geringer, als die der Ehegatten, erfordert die honestas ihrer Liebe weniger schonende Fürsorge, können durch Geschenke unter denselben, um mit Sextus Cäcilius zu sprechen, die matrimonia nicht von Anfang an als venalicia erscheinen? Waren ferner in Rom die Concubinen so uninteressirt, daß sie von ihren Geliebten keine übermäßigen Geschenke annahmen und dieselben nie ruinirten?

Wenn in dem Vorhergehenden nachgewiesen sein dürfte, daß das römische eheliche Güterrecht sich keineswegs ohne Berücksichtigung des specifischen Charakters der Ehe ausgebildet hat, sondern überall von demselben influirt ist, so wäre damit schon die Behauptung Schmidt's von der principiellen Verschiedenheit desselben von dem germanischen ehelichen Güterrechte, welche ja gerade in dieser Nichtberücksichtigung des sittlichen Wesens der Ehe liegen soll, widerlegt. Es dürfte aber, abgesehen hiervon, noch zu untersuchen sein, ob eine anderweite principielle Verschiedenheit zwischen beiden Rechten nicht dennoch obwalte. Stellt man das justinianische Dotalrecht neben die universelle Gütergemeinschaft mancher Stadtrechte, so kann man allerdings schwerlich größere Gegensätze finden. Mit dieser Vergleichung ist freilich noch gar nichts gewonnen, denn stellt man z. B. das Dotalrecht der Pan-

decten, das Güterrecht des Sachsenspiegels und die universelle Gütergemeinschaft neben einander, so ist die Verschiedenheit der beiden germanischen Rechtsbildungen viel größer als die zwischen Pandecten und Sachsenspiegel vorhandene.

Die Verschiedenheit des Ganges, welchen die Rechtsbildung in Betreff der ehelichen Güterverhältnisse bei den Römern und bei den Germanen nahm und welche bei ursprünglicher Uebereinstimmung später eine so große Verschiedenheit hervorbrachte, war dadurch bedingt, daß bei den Römern, nicht aber bei den Germanen, im Laufe der Zeit die Stellung der Ehefrau zum Ehemann sich wesentlich veränderte. Die ursprüngliche Anschauung, daß die Frau in der Familie des Manns ganz aufging, dem Mann als Familienglied für ihr ganzes Leben untergeordnet war, ging allmälig in eine Emancipation der Frau, wie wir heut zu Tage sagen, über. Die Frau betrachtete sich als dem Mann gleichberechtigt, sie ging ein näheres Verhältniß mit ihm ein für so lange es ihr beliebte, ohne dadurch ihre Selbstständigkeit aufzugeben. Der Grundsatz, wem ich meinen Leib gönne, dem gönne ich auch mein Gut, erschien bei dieser Auffassung natürlich nicht mehr gerechtfertigt. Nur ein Beitrag zu den Lasten der Ehe von Seiten der Frau schien angemessen. Diesen gab sie entweder von den Revenüen ihres selbstverwalteten Vermögens oder, wenn sie dem Ehemann ein Vermögensganzes übertrug, damit er den Ertrag für die Ehe verwenden solle, so erschien doch das Vermögen selbst nicht als zugewandt, sondern lediglich der Genuß desselben, so daß also Rückfall desselben in das Vermögen der Frau bei jeder Art der Auflösung der Ehe und Sicherstellung für die Rückzahlung sich als gerechtfertigt darstellten. Dieser Auffassung gab das Recht mehr und mehr nach, bis das Eherecht endlich in der justinianischen Legislation seine Spitze erreichte. Schon in dem Pandecten-

recht finden wir Spuren der Einwirkung dieser Auffassung, weiter zurück dürften sich aber schwerlich solche finden lassen, wie ja das Dotalrecht der Pandecten selbst seinem Wesen nach noch völlig der alten Anschauung entspricht. Die freie Ehe gewährte die Möglichkeit der späteren Accommodation des Rechts an die herrschende Auffassung, es würde aber irrig sein, die Entstehung dieser Eheform selbst aus derselben ableiten zu wollen.

Ich habe oben (S. 220) den Grund der Entstehung der freien Ehe dahin gestellt sein lassen, und es wird wol schwerlich mit einiger Sicherheit[76]) ein solcher aufzustellen sein. Von der Richtigkeit des in neuster Zeit von Ihering[77]) aufgestellten Grundes, des Wunsches der Agnaten, sich die Erbschaft der Frau nicht entgehen zu lassen, kann ich mich deßwegen nicht überzeugen, weil es mir gegen den Gang der römischen Rechtsbildung zu sein scheint, daß ein Institut, wie die Ehe, von Anfang an durch Privatwillkür in so tief eingreifender Weise habe modificirt werden können. Die freie Ehe kann sicherlich nur dadurch entstanden sein, daß irgend ein von dem Willen der Personen unabhängiges Hinderniß dem Eintritt der Frau in die Familie des Manns entgegenstand; welcher Art dasselbe gewesen, wage ich nicht zu bestimmen. Nachdem nun aber einmal die Möglichkeit einer Ehe ohne die Wirkung des Eintritts der Frau in die Familie des Manns gegeben und eine solche Ehe auch vom Recht anerkannt war, mag man dieselbe auch in solchen Fällen gewählt haben, in welchen das Hinderniß nicht vorhanden war, und hier mag namentlich agnatische Sorge für Erhaltung des Fa-

---

76) Vergl. die tabellarische Zusammenstellung der verschiedenen Erklärungsversuche bei A. Roßbach, Untersuchungen über die römische Ehe, S. 165.

77) Geist des römischen Rechts. Bd. II. S. 195. 199.

milienvermögens häufig Veranlassung zur Eingehung dieser Ehe geworden sein.

Auch bei den Germanen finden wir Ehen mit ähnlicher Beschränkung. Namentlich war wol Stammesungleichheit und Verschiedenheit des Grades der Freiheit der Ehegatten das den völligen Eintritt in die Familie des Manns verhindernde Moment. Noch im Sachsenspiegel hat die unebenbürtige Ehefrau eine ähnliche Stellung wie die uxor non in manu den Agnaten des Manns, sogar ihren eigenen Kindern gegenüber. Weder tritt sie als Wittwe in die Vormundschaft derselben, noch ist zwischen ihnen ein Erbrecht vorhanden.

Die Römer schlossen, wie bemerkt, die Fortbildung des ehelichen Güterrechts an die freie Ehe an und fanden deßwegen nicht Veranlassung, das Güterrecht der Ehe mit manus weiter auszubilden, dasselbe konnte deßwegen so formulirt werden, daß das Recht der Ehefrau an ihrem ursprünglichen oder während der Ehe erworbenen Vermögen völlig unterging und sie nach reinem Familienrecht (filiae loco) an dem Gesammtvermögen participirte. Die Ehe mit manus verschwand aber auch mit der Zeit gänzlich, da das Recht derselben der späteren Ansicht von der freieren selbstständigeren Stellung der Ehefrau nicht mehr entsprach.

Bei den Germanen wurde jedoch die Ehe mit beschränkten Wirkungen nicht in der Art beliebt, daß man dieselbe auch da wählte, wo ein Hinderniß nicht vorlag. Die Ehefrau trat regelmäßig in die Familie des Manns ein, ihre Kinder wurden ihre Erben und auf diese und die anderen Agnaten des Manns ging nach dem Tode des letzteren die Vormundschaft über sie über. Schon in verhältnißmäßig früher Zeit findet sich hier aber auch nicht mehr ein totales Aufgehen ihrer Rechte an dem von ihr in die Ehe gebrachten, resp. während der Ehe von ihrer väterlichen Familie erworbenen

Vermögen in den Rechten des Manns anerkannt, sondern die Wirkungen der Ehe auf dieselben sind in ähnlicher Art, wie in dem früheren römischen Dotalrecht festgestellt [78]).

Die Mangelhaftigkeit unserer Quellen und die Ungenauigkeit ihres Ausdrucks, welche es oft zweifelhaft macht, ob die Abweichung der Bestimmungen der einen Quelle von denen der anderen eine wirkliche oder eine nur scheinbare ist, machen es schwierig, ja fast unmöglich, selbst für die älteren Zeiten ein gemeines germanisches eheliches Güterrecht darzustellen. Soviel nur möchte als wol ziemlich allgemein vorkommend aufzustellen sein: Der Mann hat das Vermögen der Frau in Händen, er verwaltet dasselbe und vertritt es vor Gericht; die Frau hat während der Ehe kein Recht an demselben, kann weder davon veräußern, noch es durch Schulden mindern; der Ehemann kann das von der Frau herstammende Gut gültig veräußern und ist nur insoweit beschränkt, als Rechte Dritter in Betracht kommen, also bei unbeerbter Ehe das mehr oder weniger prägnant hervortretende s. g. Wartrecht der Agnaten der Frau [79]). Nach Trennung der Ehe war jedoch der Ehemann, resp. dessen Erben verpflichtet, das ge-

78) Das eheliche Güterrecht, welches uns als ältestes bekannt ist, gehört schon einer weit vorgeschrittenen Zeit an. In ursprünglichen Zuständen gestalten sich die Verhältnisse ganz anders. Die Frau erscheint vermögenslos, sie wird von dem Ehemann ihrer Familie wirklich abgekauft; durch einen Beitrag zu dem ehelichen Vermögen wäre der Kauf wenigstens theilweise illusorisch geworden (s. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 429). Seitdem die eigentliche Natur des Kaufs mehr und mehr zurücktrat, der Kaufpreis der Ehefrau selbst zugewiesen zu werden pflegte und endlich rein symbolischer Natur wurde, konnte eine von dem Schmuck der Frau verschiedene Mitgabe mit dem Zweck, dem ehelichen Vermögen einverleibt zu werden, vorkommen.

79) Ob auch die Frau in die Veräußerung consentiren mußte, ist zweifelhaft.

sammte, von der Frau stammende Gut herauszugeben [80]). Ueberall gilt dieß für die Immobilien, jedoch succedirten in dieselben die vorhandenen Kinder; nach dem Sachsenspiegel erwarb der Mann bei dem Tode der Frau das von ihr herstammende, nicht in Gerade bestehende Mobiliarvermögen.

Ein Römer würde nicht angestanden haben, aus diesen Sätzen abzuleiten, daß dem deutschen Ehemann dasselbe Recht an dem Frauengut zugestanden habe, wie dem römischen an der Dos, also namentlich Eigenthum an den Sachen. Daß die deutschen Quellen das Recht nicht so bezeichnen, ist an sich völlig gleichgültig, jedenfalls schreiben sie dem Mann ein Recht, und zwar ein selbstständiges Recht zu [81]). Durch die Bezeichnung dieses Rechts als Vormundschaftsgewere ist die Erklärung des Rechts selbst nicht gefördert [82]). Abgesehen von der oben (S. 269, vergl. auch S. 220 N. 6) erklärten Verschiedenheit hinsichtlich des Objects der Rechte des Manns —

80) Die Quellen lassen nicht mit Bestimmtheit erkennen, wie weit diese Verpflichtung zum Ersatz für das Veräußerte überall anerkannt war. Vergl. die umfassenden Untersuchungen bei Kraut, Vormundschaft, Bd. II. §. 90—95. Da, wo die Frau an der Errungenschaft participirte, existirte die Ersatzpflicht natürlich nicht; dasselbe muß auch da angenommen werden, wo das Institut der Gerade vorkömmt. Der im Schwabenspiegel vorkommenden Berücksichtigung der ächten Noth entspricht materiell das beneficium competentiae des Dotalrechts. Auf die Construction des Rechts an dem Frauengut hat die größere oder geringere Ersatzpflicht keinen Einfluß.

81) Wenn Neuere behaupten, daß durch die innige Vereinigung des Vermögens der Ehegatten und das Verfügungsrecht des Manns das Eigenthum der Frau unberührt bleibe, so ist diese Auffassung eben so unrichtig, als Tigerström's Construction des Rechts an der Dos.

82) Wie wenig gerade dem römischen Recht gegenüber mit der Formulirung des Rechts des Manns als Vormundschaft, mundium, gewonnen ist, ergibt sich aus der Identität von mundium und manus (s. o. S. 203). Das Versehen, welches sich hierbei Schmidt (S. 204 N. 8) hat zu Schulden kommen lassen, ist schon von Ihering a. a. O. II. N. 223 gerügt worden.

dort die speciell übertragenen, ursprünglich aber ebenfalls regelmäßig das ganze Vermögen ausmachenden (S. 221 f.) Rechtsobjecte, hier das gesammte Vermögen der Frau — findet sich also ein wesentlicher Unterschied zwischen den Rechten des Manns an dem Frauengut nach deutschem altem Recht und nach römischem älterem Dotalrecht nicht vor.

Die rechtliche Anerkennung einer Theilnahme der Ehefrau an der s. g. Errungenschaft kann nicht zur Begründung eines principiellen Unterschieds angeführt werden, da dieselbe keineswegs allgemein vorkömmt und somit auch eine principielle Verschiedenheit zwischen den Rechten der einzelnen deutschen Stämme daraus sich ergeben würde. Wird ja selbst nicht nur bei dem einen Theile des sächsischen Volksstamms der Frau ein Theil der Errungenschaft gewährt, bei dem anderen versagt, sondern findet sich dieselbe Verschiedenheit sogar bei den einzelnen Theilen des viel kleineren friesischen Stamms vor.

Man legt Gewicht darauf, daß nach deutschem Recht, „auch für den Fall des Todes des Ehemanns, für eine standesmäßige Versorgung der Ehefrau gesorgt worden sei" [83]. Für das ältere Recht muß es heißen, daß gewisse Formen vorhanden waren, unter welchen für die überlebende Wittwe gesorgt werden konnte. Diese Aufstellung gewisser Formen war aber nothwendig, so lange das deutsche Recht auf der niedrigen Stufe der Entwickelung stand, auf welcher es eine Zuwendung ohne thatsächliche Uebertragung nicht kannte. Die thatsächliche Uebertragung an die Frau war aber durch den positiven Charakter des Rechts des Manns am Frauengut verhindert. Die Gültigkeit eiuer Zuwendung von Sachen von Seiten des Manns an die Frau mußte daher durch einen

83) Schmidt, S. 202.

besonderen Rechtssatz anerkannt werden [84]). Der Rechtssatz gestaltete sich nun so, daß Zuwendungen, der Sitte gemäß nach der Brautnacht gemacht (Morgengabe), wirksam sein sollten nach Auflösung der Ehe [85]). Von solchen lediglich freiwilligen Uebertragungen unterscheidet sich ursprünglich diejenige Zuwendung, welche anfänglich nicht die Frau, sondern der Vater oder Agnat derselben erhielt — der Kaufpreis für die Frau, welcher schon früh, wenigstens theilweis, der Frau selbst überlassen zu werden pflegte und dann gewöhnlich dos genannt wurde. Die Dos wurde meistens gar nicht ausbezahlt, sondern nur ihrer Größe nach festgestellt und fiel erst nach dem Tode des Manns an die Frau. So lange sich die Ansicht von der ursprünglichen Natur dieser Zuwendung erhielt, findet sich selbst an einigen Orten eine Summe bestimmt, welche die Wittwe, der eine Dos nicht speciell ausgesetzt war, aus der Hinterlassenschaft des Manns nehmen sollte. Als jedoch die Dos die ursprüngliche Bedeutung gänzlich verloren hatte, erschien dieselbe als lediglich freiwillige bei Eingehung der Ehe zwischen Mann und Frau, resp. deren Verwandten, festgesetzte Zuwendung. Die Rechte der Frau an der nach dem Tode des Manns erhaltenen Dos sind sehr verschieden bestimmt: Nutznießung oder Eigenthum an der ganzen Substanz oder einem Theil derselben, für alle Fälle oder nur unter bestimmten Voraussetzungen. Mitunter wird auch für die Dos der Ausdruck Morgengabe gebraucht. Im späteren Recht kömmt die Dos regelmäßig als Leibzucht vor und nach dem Sachsenspiegel besteht die Morgengabe gewöhnlich in solchen Sachen, welche zur Nutzbarmachung des Leibzuchtsgutes die-

84) Wo und soweit letztwillige Dispositionen Eingang fanden, waren sie auch zu Gunsten der Frau möglich.

85) Vielfach finden sich jedoch hier Beschränkungen auch hinsichtlich der Größe dieser Gabe und der Natur der Objecte derselben.

nen. — Beide Arten von Zuwendungen sind in der Sitte begründet, müssen jedoch, da sie lediglich als freiwillige Zuwendungen erscheinen, speciell festgesetzt werden. Einen **Rechtssatz**, welcher der Wittwe eine Versorgung aus dem Vermögen des verstorbenen Ehemanns gewährte, kennt das alte Recht nicht. Die Römer brauchten besondere Formen für die Versorgung der Wittwe nicht, da sie durch mortis causa donationes, Erbeinsetzungen, Legate von Sachen und Ususfructus [86]) völlig rechtswirksam sorgen konnten. — Die Frau konnte dem Mann Zuwendungen in keiner Art machen, denn sie hatte kein übertragbares Vermögen in Händen, der Mann hatte dasselbe schon in bestimmter fester Weise für die Zeit des Lebens beider. Nach dem Tode der Frau hatte er es deren Erben herauszugeben; Zuwendungen der Frau für den Fall ihres Todes wären daher, da sie ja selbst für diesen Fall nicht einmal ein Klagrecht hatte, recht eigentlich als Zuwendungen, welche ihren Anfang in der Person ihrer Erben nehmen, gewesen, und für diese zu verfügen hatte die Ehefrau die Fähigkeit nicht. Durch Zustimmung der Erben, welche die Rückforderung des Frauenguts von ihrer Seite ausschloß, konnte allerdings eine solche Zuwendung wirksam werden. Vor der Eingehung der Ehe konnte die Frau ebenfalls dem Mann ihr Vermögen definitiv übertragen, und ihre Erben konnten dann nur nach ihrem Tode diese Uebertragung insofern und insoweit anfechten, als sie eine Alienation überhaupt anfechten konnten.

---

86) Die Vermuthung von **Elvers** (die römische Servitutenlehre Hft. I. S. 17), daß die erste Veranlassung der Entstehung des Ususfructus in dem Bestreben, dem überlebenden Ehegatten eine angemessene Zuwendung zu machen, zu suchen sei, hat viel innere Wahrscheinlichkeit für sich.

Schon in dem bisher behandelten älteren ehelichen Güterrecht trat ein großer Particularismus der Rechtsbildung hervor; diese Einzelbildungen nahmen aber im Verlaufe der Zeit in einem solchen Maße überhand, wie sie sich in keinem anderen Rechtstheile vorfinden. Der hauptsächliche Grund hierfür war ein rein äußerlicher, die andere Stellung, welche die Mobilie im Leben einnahm. So lange die Ehefrau dem Ehemann meistens nur Mobilien, und zwar häufig nur solche mitbrachte, welche im Haushalt gebraucht wurden, die Mobilie überhaupt aber fast nur als Gebrauchsgegenstand Bedeutung hatte, war die Auflösung des in der Hand des Manns vereinigten Vermögens in seine ursprünglichen Bestandtheile nach Trennung der Ehe nicht schwierig. Man gewährte der Ehefrau höchstens ein Surrogat für die erfolgten Deteriorationen und Alienationen in der Theilnahme an der s. g. Errungenschaft. Diese Surrogatsnatur tritt namentlich in der sächsischen Frauengerade zu Tage [87]). Ebenso erschienen Versorgungen der Wittwe dem regelmäßigen Verhältniß des Vermögens beider Ehegatten entsprechend und die Beschaffung derselben durch Leibzuchtsbestellung an bestimmten Immobilien und Morgengabsbestellung durch Zuwendung gewisser Sachen war bei der Stätigkeit der Güterverhältnisse zweckmäßig.

Mit dem zunehmenden Verkehr, namentlich in den Städten, wurde jedoch diese Stätigkeit vermindert. Die Sache hatte nun weniger ihrer besonderen Eigenschaften wegen als Gebrauchsobject Bedeutung, sondern ward als Werthobject wichtig, welches durch Veräußerung zum fruchttragenden gemacht werden konnte — Capital, Betriebscapital. Dieß galt

87) Kraut a. a. O. Bd. II. S. 388. Davon jedoch, daß die Ehefrau schon während der Ehe Eigenthümerin der Gerade und der Errungenschaft sei, wie der angeführte Schriftsteller zu erweisen sucht, kann ich mich nicht überzeugen.

zunächst von Mobilien, aber auch die Immobilien wurden berührt und gewannen neben ihrer besonderen Bedeutung als fruchttragende Sachen im engeren Sinne noch die Bedeutung als abstracte Capitalwerthe, wurden also auch mehr und mehr in den Kreis des veräußerlichen Vermögens gezogen. Zu gleicher Zeit und mit Beziehung auf diese Verkehrsverhältnisse war die Beschränkung der Töchter im Erbrecht, wo sie vorhanden gewesen, aufgehoben worden, die Ausradung schloß das Erbrecht nicht mehr aus, die Frau als solche brachte daher nicht mehr der Regel nach weniger Vermögen in die Ehe als der Mann, noch brachte sie lediglich gewisse Vermögensarten ein. Dieß Alles bewirkte einerseits, daß eine Auflösung des Gesammtvermögens in seine ursprünglichen Theile nach Trennung der Ehe schwierig, ja oft unthunlich ward. Wenn der Ehemann das gesammte zusammengebrachte Vermögen in seinen Handel oder sonstigen Geschäftsbetrieb steckte, war es später nicht mehr möglich, zu bestimmen, was von dem bei der Trennung der Ehe vorhandenen Vermögen aus dem Eingebrachten der Frau angeschafft war und als Surrogat desselben gelten konnte; während der Ehe konnte das zusammengebrachte Vermögen total untergegangen und später neues erworben worden sein, oder das Eingebrachte der Frau war vielleicht im Nothfall oder mit Bewilligung der Frau veräußert worden. Andererseits konnte die Versorgung der Ehefrau durch Leibzuchtsbestellung entweder nicht thunlich erscheinen, wenn Immobilien nicht oder nicht in der gehörigen Größe vorhanden waren, oder sie war unzweckmäßig, wo man die Veräußerlichkeit der Immobilien nicht beschränken wollte (sie als Kaufschatz behandelte). Zur Morgengabsbestellung konnte es leicht an den geeigneten Sachen fehlen oder es unwahrscheinlich sein, daß dieselben in dem Vermögen bei Trennung der Ehe vorhanden oder durch entsprechende Surrogate

ersetzt sein würden. Eine einseitige Versorgung der Wittwe konnte aber auch überhaupt ungerechtfertigt erscheinen, wo die Frau nicht mehr regelmäßig der ärmere Theil war, und es konnte entsprechender erachtet werden, auch dem überlebenden Ehemann einen Vortheil aus dem Vermögen der Frau zuzuwenden. Auch das Lucriren des gesammten Mobiliarvermögens der Ehefrau durch den Ehemann, wie dasselbe mitunter bei dem Tode der ersteren vorkam, hatte durch die veränderte Stellung der Mobilien einen anderen Charakter gewonnen, und die besondere Behandlung der Gerade mochte vielfach nicht mehr motivirt sein.

Diese Rücksichten führten dahin, daß man an vielen Orten das eheliche Güterrecht abänderte, und zwar geschah dieß in der mannichfachsten Weise. Allgemein kann man von diesen Abänderungen nur so viel sagen: Das in der Hand des Manns vereinigte Vermögen wurde nach Trennung der Ehe nicht mehr in seine ursprünglichen Bestandtheile aufgelöst, sondern zerfiel in Quoten, ferner verlor sich häufig die Versorgung der Wittwe durch Morgengabe und Leibzucht, und an deren Stelle trat oft ein gegenseitiges Erbrecht beider Ehegatten. Wie weit sich die Unauflöslichkeit des Vermögens erstreckte, unter welchen Umständen sie eintrat, in welcher Art die Quoten festgestellt wurden, welche Rechte der Ueberlebende an dem ihm zugefallenen ganzen Vermögen oder an Theilen desselben erhielt, unter welchen verschiedenen Voraussetzungen diese verschiedener Art waren — darin weichen die einzelnen Rechtskreise, in welchen die Umänderungen vorgenommen wurden, weit von einander ab, und wenn diese Abweichungen auch theilweise durch die Verschiedenheit der auf die Umänderung Einfluß ausübenden Zustände gerechtfertigt und durch den früheren Particularismus der Rechtsbildung bedingt wurden, so liegt denselben doch häufig unverkennbare Willkür zu

Grunde [88]). Von großem Einfluß hierauf war aber auch namentlich der Mangel einer juristischen Formulirung dieser Rechte und das Irrige der später versuchten Formulirung.

Statt nämlich sich klar zu machen, daß das eheliche Güterrecht schon in seiner früheren Gestalt [89]), namentlich aber in der jetzigen Modification nur dadurch seiner wahren Natur nach rechtlich erfaßt werden konnte, daß man ein Untergehen der Rechte der Frau an ihrem Gut in den Rechten des Manns annahm, diesen also namentlich als Eigenthümer der eingebrachten Sachen auffaßte, statt die Rechte des Manns während der Ehe als Consequenzen dieses Satzes und die Rechte der Frau, resp. der Erben derselben, nach aufgelöster Ehe als Successionsrechte zu construiren — begnügte man sich, die Rechte, soweit sie festgestellt waren, einzeln neben einander zu stellen, im Uebrigen aber das Verhältniß lediglich seiner thatsächlichen Erscheinung nach zu betrachten. Wenngleich hierin

88) Diese Willkür konnte deßwegen in den Rechtssätzen sich ausdrücken, weil diese sich meist an den hauptsächlichen Inhalt der in dem engen Rechtskreis, in welchem sich das Recht ausbildete, vorgenommenen und darum oft von zeitlichen und örtlichen Zufälligkeiten influirten Privatdispositionen anschloß. Unter diesen Privatdispositionen hat man sich aber nicht nur, wie das gewöhnlich geschieht, bei Eingehung der Ehe abgeschlossene Heirathsverträge zu denken, sondern auch die Auseinandersetzungen nach Trennung der Ehe, bei welchen man z. B. die Herausgabe, resp. Annahme einer Quote des Gesammtvermögens einer genauen Untersuchung über die Bestandtheile des Frauenguts vorziehen mochte.

89) Eine genaue Formulirung des Rechts des Manns am Frauengut würde manche später nothwendig scheinende Modificationen unnütz gemacht haben, denn das ist ja gerade der Vorzug einer solchen Formulirung, daß sie den äußerlich verschiedensten Inhalt in sich aufzunehmen fähig ist. Jedenfalls aber wäre dadurch, auch wo eine Modification erforderlich war, diese leichter geworden, und namentlich wäre der Willkür der Privatdispositionen ein Zaum angelegt und die Entstehung mancher Rechtsbildungen unmöglich geworden.

zunächst nichts als der Mangel einer wissenschaftlichen Thätigkeit erkannt und die Unterlassung einer solchen an sich den rechtsbildenden Organen nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, so war doch der practische Nachtheil, welcher hieraus hervorging, ein sehr bedeutender.

Der Mangel eines höheren Gesichtspunctes führte nämlich gar leicht dazu, die einzelnen Sätze nicht mit strenger Beziehung auf einander auszubilden, so daß gar manches Inconsequente in die Bestimmungen einzelner Quellen kam, was bei Festhaltung eines scharf erkannten Princips vermieden worden wäre. Ferner bewirkte aber die schon im allgemeinen Theile [90]) gerügte mangelhafte Abfassung der deutschen Rechtsquellen, die nicht gehörige Scheidung des lediglich Thatsächlichen von den Rechtssätzen, daß in vielen Statuten das eheliche Güterverhältniß oder einzelne Erscheinungen desselben, so wie sie im Leben vorkamen, ohne Unterscheidung zwischen Thatsache und Recht dargestellt wurden. Wie das aber noch heut zu Tage in der Behandlung des deutschen Rechts so häufig vorkömmt, ward man auch schon früher leicht veranlaßt, dem in den Rechtsquellen Verzeichneten als solchem auch einen rechtlichen Inhalt zuzuschreiben und ohne weitere Untersuchung Rechtsbegriffe da anzunehmen, wo lediglich von thatsächlichen Erscheinungen gesprochen werden kann. Die Energielosigkeit der juristischen Auffassung ließ nun diesen s. g. Rechtsbegriffen denjenigen rechtlichen Inhalt unterlegen, welcher dem Ausdruck, unter welchem sie sich vorfanden, am meisten entsprach, und aus diesem Inhalt heraus construirte man weiter Rechtssätze. Auf diese Weise ist unsere Jurisprudenz zu dem „Rechtsbegriff" der ehelichen Gütergemeinschaft gekommen, und diesem Begriff verdanken nicht nur

90) §. 3 S. 20. 27. 28.

manche Particularrechte eine Anzahl von neuen Rechtssätzen, durch welche ihr eheliches Güterrecht eine seiner ursprünglichen Anlage nicht entsprechende Fortbildung erhielt, sondern derselbe verhinderte auch die consequente Ausbildung einer Doctrin der ehelichen Güterrechte. Man darf nur die verschiedenen Versuche, die eheliche Gütergemeinschaft juristisch zu construiren, neben einander stellen, um mit der Erkenntniß des Ungenügenden eines jeden einzelnen Versuchs alsbald zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß das ganze Institut, wie es uns vorliegt, ein gänzlich verschobenes ist.

Man hat die Romanisten für die unförmliche Ausbildung der Gütergemeinschaft verantwortlich gemacht und theilweis nicht mit Unrecht, da es römisch gebildete Juristen waren, welche den Güterverhältnissen nicht nur eine falsche wissenschaftliche Behandlung zu Theil werden ließen, sondern durch welche Rechtssätze geschaffen wurden, deren gesetzliche Verkündigung dem Institute eine falsche Richtung gaben. Ein Verkennen des wahren Verhältnisses ist ihnen daher jedenfalls Schuld zu geben. Aber ihr Fehler bestand hierbei wenigstens sicherlich nicht darin, daß sie römische Rechtssätze auf Kosten der deutschen einzuführen suchten, sondern darin, daß sie sich der herrschenden Auffassung zu sehr accommodirten und nicht verstanden, die richtigen römischen Analogieen herbeizuziehen.

Die eheliche Gütergemeinschaft, wie sie in ihrer vielfach inconsequenten Ausbildung uns vorliegt, findet ihr Gegenbild im römischen Recht nicht, und es ist nicht zu verkennen, daß das römische Recht, auch wenn es, statt seine Ausbildung des ehelichen Güterrechts an die freie Ehe anzuknüpfen, dazu gekommen wäre, das Güterrecht der Ehe mit Manus fortzubilden, schwerlich zu einer ähnlichen Rechtsbildung gelangt sein würde. Trotzdem dürfen wir aber hieraus noch nicht auf eine principielle Verschiedenheit des ehelichen Güterrechts des

späteren deutschen und des römischen Rechts schließen, denn die s. g. Gütergemeinschaft hat sich aus einem dem römischen Güterrecht ähnlichen Recht entwickelt; ferner aber hat sich das deutsche Güterrecht keineswegs allgemein, ja nicht einmal in allen Städten als Gütergemeinschaft ausgebildet, und selbst ein gegenseitiges Erbrecht der Ehegatten wurde nicht allgemein anerkannt; die Ursache hiervon liegt auch keineswegs überall darin, daß das römische Recht dieser Ausbildung hindernd in den Weg getreten wäre, sondern darin, daß die oben erwähnten, zu Modificationen des alten Rechts veranlassenden Rücksichten sich entweder nicht geltend machten, oder denselben in anderer Weise, z. B. durch Aestimation des Frauenguts, Rechnung getragen wurde. Wenn sich nun aber neben der, ohnehin schon in sehr verschiedener Weise ausgebildeten ehelichen Gütergemeinschaft andere eheliche Güterrechte in Deutschland vorfinden, welche aus dem alten Güterrecht hervorgegangen sind, so kann jene sicherlich nicht Anspruch darauf machen, als die dem Geist des deutschen Rechts specifisch entsprechende rechtliche Erscheinungsform der ehelichen Güterrechte zu gelten, und die von der ehelichen Gütergemeinschaft ausgehende Annahme einer principiellen Verschiedenheit zwischen dem römischen und deutschen ehelichen Güterrecht müßte, wie schon oben in Betreff der particulären Sätze des alten Rechts über Errungenschaft bemerkt wurde (S. 272), nothwendig zu der Annahme einer gleichen Verschiedenheit zwischen den einzelnen deutschen Particularrechten führen.

§. 22.

Die Familie im weiteren Sinn, die Vormundschaft, die Sclaverei.

Nachdem der Verf. in dem die Ueberschrift: „Einzelne Institute des Familienrechts" führenden §. 21 unter

Nr. I. und II. die väterliche Gewalt in die Ehe abgehandelt hat, welche ich in besonderen Paragraphen zu behandeln vorgezogen habe, handelt er unter Nr. III. von der verschiedenen Auffassung der Familie im weiteren Sinn, und schließt daran unter Nr. IV. und V. eine Betrachtung der Vormundschaft und der Sclaverei. Zur Beurtheilung dessen, was über diese „Institute des Familienrechts" bemerkt ist, werden wenige Bemerkungen hinreichend sein.

I) Das germanische Recht soll nach dem Verf. die durch die Blutsverwandtschaft auch unter den entfernteren Familienmitgliedern begründeten besonderen Verpflichtungen, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, zu Rechtspflichten erhoben haben. Daher die Pflicht, gegen Gewalt und Unrecht einander beizustehen, das Wergeld des Erschlagenen zu fordern und zum schuldigen beizusteuern, den Verarmten zu unterstützen und zu ernähren, welche auch auf die Gemeinden eventuell übergehe, daher die Beschränkung der Dispositionsbefugniß über das Vermögen, für welche unter anderen auch der Grund angeführt wird, daß man sich durch leichtsinnige Veräußerung außer Stand setze, den Verwandten zu helfen und also gegen dieselben ein sittliches Unrecht begehe.

Die Römer hätten zwar auch nicht die sittliche Zusammengehörigkeit der einzelnen Familienglieder geläugnet, eine Rechtspflicht zwischen ihnen habe aber nicht existirt. Die rechtlichen Beziehungen der Verwandten zu einander hätten sich auf die Intestaterbfolge und die Tutel reducirt. Im ältesten Recht habe die Familie allerdings eine andere Bedeutung gehabt. Der Ursprung der Gentilverfassung gehöre aber dem patricischen Recht an, das quiritanische Recht habe auflösend gewirkt und später sei die rechtliche Bedeutung der Familie, namentlich für das Privatrecht, ganz verschwunden. —

Sollte es wirklich gerechtfertigt sein, die römische gens zu ignoriren, sich aber auf das germanische „System der Blutrache“ und auf die Ehrenechruda zu berufen? Bei den Germanen, wie bei den Römern bildete die weitere Familie, das Geschlecht, ursprünglich einen engeren Schutzverband. Hier, wie dort verlor sich die Bedeutung desselben fast gänzlich. Hier, wie dort äußerte sich die weitere Verwandtschaft in der späteren Zeit direct nur in der Intestaterbfolge und der Vormundschaft. Eine Alimentationspflicht der Seitenverwandten kennt das deutsche Recht eben so wenig als das römische. Wenn der Verf. sich auf das nordische Recht beruft, so ist es allerdings richtig, daß die Graugans eine Alimentationspflicht auch der Geschwister aufstellt und sich in Island ein ausgebildetes Armenrecht entwickelt hat. Aber was beweist dieß für das deutsche Recht? In der Abhandlung Michelsen's [1]), aus welcher der vom Verf. citirte Wilda schöpft, hätte der Verf. ausdrücklich angeführt finden können, wie der Norden das Armenwesen in selbstständiger Weise und im Gegensatz zu dem übrigen Europa ausbildete, dieses aber sonst überall der Kirche zufiel. Ueber die Beschränkung der Dispositionsbefugniß über das Vermögen wird unten gesprochen werden (§. 25).

Daß übrigens das römische Recht die natürliche und sittliche Stellung der Verwandten zu einander anerkennt, zeigt sich in den Eheverboten, in der Trauerpflicht, in dem Vorzugsrecht bei der bonorum emtio, in der Modification der Schenkungsverbote und Erschwerungen zu ihren Gunsten, in der Anerkennung der Befugniß des Vormunds, aus dem Vermögen des Mündels dessen Verwandten zu unterstützen. Gerade diese letztere Bestimmung ist von Bedeutung und läßt

---

1) Ueber altnordisches Armenrecht, in Falck's Eranien, Lief. II. S. 117.

sich nicht, wie dieß der Verf. thut, behandeln. Nicht ist dadurch die selbstverständliche Befugniß anerkannt, die Verwandten zu unterstützen, sondern eine Liberalität des Vormunds, welche im allgemeinen ungerechtfertigt ist, wird, wenn sie zu Gunsten von Verwandten des Mündels vorgenommen ist, für wirksam und für von letzterem unanfechtbar erklärt, gibt ja sogar Ulpian in Uebereinstimmung mit Julian [2]) dem Mündel eine Klage gegen den Vormund, si tale officium praetermiserit.

Zum Schluß kömmt der Verf. noch speciell auf das Verhältniß der Ascendenten und Descendenten zu einander zu sprechen. Die vollkommene Pflichtlosigkeit der Verwandten gegen einander, behauptet er, gelte im römischen Recht principmäßig natürlich auch unter den allernächsten Verwandten, also auch zwischen Ascendenten und Descendenten, hier aber werde die consequente Durchführung practisch unmöglich und deßwegen finde man zwar das Princip anerkannt, zugleich aber ein singuläres polizeiliches Einschreiten, wie z. B. in dem Anhalten der Ascendenten und Descendenten zur gegenseitigen Alimentation [3]). Wenn der Verf. gegen die Alimentationsverbindlichkeit des Vaters die Unvereinbarkeit derselben mit dem Recht, die Kinder zu tödten, anführt, so zeigt sich hierin zwar eine consequente Durchführung der aufgestellten Ansicht von dem Wesen der patria potestas, dasselbe Argument kann aber freilich auch umgekehrt und in Verbindung mit der unbestreitbaren Thatsache, daß die Römer diese Alimentationspflicht anerkannt haben, eben gegen diese Ansicht gebraucht werden. Die Argumentation bezieht sich aber auch nur auf den Vater gegenüber seinem filius familias, nicht aber auf die Verpflich-

---

2) L. 1 §. 2 de tutelae actione.
3) Schmidt S. 207.

tung der Mutter und des Vaters und Sohns nach der Emancipation. Wenn der Verf. von der practischen Undurchführbarkeit eines anerkannten Princips spricht, so gilt hierfür im Einzelnen das oben (S. 24) im Allgemeinen über den Widerspruch zwischen Theorie und Praxis Bemerkte. Die Stellung der Ascendenten und Descendenten zu einander, welche die gegenseitige Alimentationsverpflichtung gebieterisch verlangt, ist nicht ein äußeres, bei der Aufstellung des Princips unerwogen gebliebenes Moment, sondern die nothwendige Berücksichtigung derselben konnte schlechterdings nicht die Bildung eines solchen Princips zulassen. — Als Beleg dafür, daß das Anhalten zur Alimentation „mehr den Charakter eines auf ähnlichem Grunde, wie das censorische Strafrecht beruhenden, polizeilichen Einschreitens, als den der Realisirung einer Rechtspflicht zu haben scheine," führt der Verf. an, daß die Hauptstelle über diesen Gegenstand, l. 5 D. de agnoscendis et alendis liberis, aus einer Schrift Ulpian's, de officio Consulis, entnommen sei. Von einer politischen Rücksicht findet sich jedoch weder in dem angezogenen Pandecten-, noch in dem entsprechenden Codextitel eine Spur. In l. 8 §. 5 Cod. de bonis quae liberis heißt es ausdrücklich: filium — alere patri necesse est propter ipsam naturam et leges quae — imperaverunt; Papinian sagt in l. 50 i. f. ad S. C. Trebell.: es sei paternae reverentiae congruum; Ulpian spricht in der citirten Stelle von einem „debere," von judices, welche erkennen sollten. Wenn aber ein debere vom Staat realisirt wird, so kann es nichts anderes als ein „rechtlich verpflichtet sein" bedeuten. An eine politische Rücksicht würde auch nur unter der Voraussetzung gedacht werden können, daß dem Staat selbst die Ernährung zufallen würde; eine solche Voraussetzung wird aber der Verf. am wenigsten zugestehen können, da sie dem behaupteten subjectivistischen

Princip direct widersprechen würde. Das Einzige, was aus dem Titel des Ulpian'schen Werks und aus der Art und Weise, wie die Stelle selbst die richterliche Thätigkeit darstellt, entnommen werden kann, ist, daß summatim erkannt wird und daß der angegangene Richter eine causae cognitio ex officio (s. auch l. 50 cit.) vorzunehmen hat.

Das obsequium, welches die Kinder den Aeltern schuldig sind, ist ebenfalls hier zu erwähnen, weil es rechtliche Wirkung erst äußert nach Auflösung der Familie. Der betreffende Pandectentitel zeigt auf's Evidenteste, wie hier die Römer von dem Sittensatz ausgegangen [4]) und, soweit derselbe rechtlicher Folgen fähig war, diese rechtlich fixirten.

II) Ueber die Vormundschaft faßt sich der Verfasser ziemlich kurz. „Im germanischen Recht schließe sich die Vormundschaft ganz einfach und natürlich an die übrigen Institute des Familienrechts an. Bei demjenigen, der mit dem Tode des Vaters den natürlichen Erzieher und Schützer verloren habe, müsse ein Anderer Vaterstelle vertreten und die Vormundschaft füge sich daher als Nachbildung der väterlichen Gewalt und als eine der vielen Anwendungen des allgemeinen Begriffs vom mundium ganz von selbst in das System des Familienrechts ein. Das römische Recht dagegen biete weder in der väterlichen Gewalt, noch sonst irgendwo ein Vorbild, an welches sich der Begriff der Tutel anlehnen könnte; im Zustande der natürlichen Freiheit gebe es weder eine Vormundschaft, noch auch ein für diese als Vorbild zu behandelndes Rechtsverhältniß. Daher müsse bei dem unabweisbaren Be-

4) In l. 9 de obsequiis parentibus praest. wird der Sittensatz pure hingestellt: Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet.

dürfnisse für diesen Fall ein besonderes singuläres Rechtsverhältniß geschaffen werden. Die Natur der Sache fordere dieß einmal, und das hier in Betracht kommende Charakteristische der römischen Tutel sei eben ihr eigenthümliches Verhältniß zu dem übrigen Familienverhältniß. Sie sei für die römische Betrachtungsweise eben kein natürliches, sondern nur ein durch positive Satzung zur Abhülfe eines dringenden Bedürfnisses geschaffenes Institut. Daher sei auch ihre analoge Anwendung auf ähnliche Verhältnisse ausgeschlossen und für diese habe in der cura ein besonderes Verhältniß geschaffen werden müssen."

Die Uebereinstimmung des römischen und deutschen Rechts hinsichtlich der Vormundschaft ist evident. Sie ist der rechtliche Ausdruck für die Stellung der weiteren Familie zu dem seines Geschlechts, seines Alters, seiner körperlichen oder geistigen Mängel wegen sich selbst nicht vorzustehen Vermögenden und durch den Vater oder Ehemann nicht Vertretenen[5]). Da sowol in Rom als bei den Germanen, in den ältesten uns bekannten Zeiten die weitere Familie nicht mehr als die gesammte Persönlichkeit umfassende Verbindung anerkannt wird, so erscheint, wer dem Vater nicht unterworfen ist, als selbstständiges Rechtssubject, und sein Verhältniß zur weiteren Familie, resp. zu einzelnen Gliedern derselben, stellt sich als reines Rechtsverhältniß dar. Ausgebildet wird dasselbe zunächst nach außen hin, d. h. für den Verkehr des Unmündigen mit Fremden, nach innen bildet es sich erst später aus, d. h. die Rechtsverhältnisse zwischen dem Unmündigen und der Familie, resp. einzelnen Gliedern derselben in Betreff der Erziehung und Vermögensverwaltung werden erst später fixirt. In Rom er-

5) Gegen die übliche weitere Begriffsfassung für das deutsche Recht s. o. S. 204.

scheint die Vormundschaft zuerst in der Form der tutela als eigentliches Rechtsinstitut und im alten germanischen Recht ist fast nur diese Vertretung berücksichtigt. Diese Vertretung nach außen wird in beiden Rechten am frühesten einem bestimmten Familienglied zugewiesen, während Betreffs der inneren Verhältnisse eine derartige Beschränkung auf Einen entweder noch gar nicht vorkömmt, oder mit diesem doch oft Andere concurriren und ihn controliren. Der Unterschied, welcher zwischen der Vertretung des Mündels durch den römischen Tutor und den deutschen Vormund besteht, ist lediglich formeller Natur, materiell hat die auctoritatis interpositio dieselbe Bedeutung, wie die selbstständige Vertretung des deutschen Vormunds. Auch darin geht das römische Recht mit dem germanischen einen gleichen Gang, daß auch, wenn die Mündigkeit eingetreten war, doch noch eine passive Vertretungsfähigkeit für eine bestimmte Zeit anerkannt wurde. — Eine gleiche Entwickelung nahmen beide Rechte ebenfalls in der Vormundschaft über Frauen. Nur nach außen hin wird dieselbe ausgebildet und geht in einen reinen Formalismus über [6]). — Die späte Entwickelung der testamentarischen Tutel in Deutschland erklärt sich aus der späten Anerkennung letztwilliger Dispositionen überhaupt. — Das Einschreiten des Staats bei Bestellung der Vormünder, die Autorisation des Vormunds zu manchen Functionen, veranlaßt durch die Verwandten des Bevormundeten, oder wenn solche nicht vorhanden sind, an der Stelle derselben durch den Staat vorgenommen, findet sich in beiden Rechten in ähnlicher Weise vor.

III) Sclaverei. Es ist ein zu bekannter und oft aufgestellter Satz, daß auch das alte deutsche Recht einen Zustand

6) S. o. S. 203.

der gänzlichen Abhängigkeit anerkannt habe, als daß es hier eines besonderen Beweises desselben bedürfte. Der Sclave ist dem Herrn gegenüber in keiner Weise geschützt, dieser kann ihn züchtigen und tödten, ihn verkaufen und vindiciren, ihm den Abschluß einer Ehe untersagen und die abgeschlossene trennen, der Sclave kann keinerlei Rechtsgeschäfte abschließen und sich nirgends selbst vertreten. Diese Abhängigkeit zeigt sich in den Benennungen des Sclaven und in den Abzeichen, die er trägt [7]). Kurz, der Sclave ist zwar Mensch, aber nicht Person, und steht darum rechtlich der Sache gleich. Daß neben dieser totalen Abhängigkeit noch Stufen einer beschränkten Abhängigkeit bestehen, daß ferner auch dem total Abhängigen thatsächlich Vermögen gegeben wird und seine Leistungen geregelt werden, daß überhaupt die Sclaven menschlich behandelt zu werden pflegten, kümmert natürlich die rechtliche Betrachtung des Verhältnisses nicht im mindesten. Auch die Römer gaben bekanntlich ihren Sclaven Peculien und gestanden ihnen zu, sich Vermögen zu erwerben, und wie sehr die Sitte dieses Haben anerkannte, ergibt sich daraus, daß die Herren mit ihnen Geschäfte abschlossen, von ihnen Darlehen entnahmen, sich von ihnen Zahlungen für manche Bewilligungen machen ließen, das Peculium ihnen bei der Freilassung so regelmäßig ließen, daß dieß sogar rechtlich präsumirt wurde, daß sie ihnen selbst die Loskaufung vermittelst ihres Peculium gestatteten. Auch die Römer betrachteten, so lange die patriarchale Sitte fortbestand, die Sclaven gleichsam als Familienglieder (familiares), sie ließen sie an den religiösen Feierlichkeiten Theil nehmen, sie arbeiteten mit ihnen gemeinsam, „so daß ihre Lage sich von der freier Colonen und Hoftagelöhner wenig unterschieden haben mag [8]). Der Staat reali-

7) Grimm, Rechtsalterthümer. S. 301 f. 339 f.

8) Schmidt, S. 210, bemerkt dieß von den deutschen Höri

sirte diese Zustände freilich nicht, er erkannte sie aber an, soweit sie nach außen hin wichtig wurden, also namentlich in Betreff der Peculiargeschäfte. Findet sich denn aber eine rechtliche Realisirung der dem Sclaven „als Menschen zustehenden Rechte“ bei den Germanen? Glaubt der Verf. aus den bekannten, von ihm angeführten Stellen bei Tacitus ableiten zu können, daß der Sclave den Herrn habe zwingen können, ihm, statt ihn im Haus zu verwenden, ein Stück Landes anzuweisen oder ihm den zugewiesenen Mansus zu belassen oder den auferlegten Zins nicht zu erhöhen? Soll vielleicht der Herr nur dann straflos gewesen sein, wenn er den Sclaven impetu et ira getödtet hatte, nicht aber wenn dieß disciplina et severitate geschehen war?

Doch der Verf. will vielleicht gar nicht in Abrede stellen, daß eine wahre Sclaverei, ein „unbeschränktes Dienstverhältniß“ thatsächlich vorgekommen, und nur behaupten, daß dasselbe von den Germanen für sittlich nicht gerechtfertigt gehalten worden sei. Der Verf. stellt nämlich römische und germanische Auffassung folgendermaßen einander gegenüber: „Zwar sei auch vom römischen Standpunct aus eine sittliche Rechtfertigung der Sclaverei unmöglich und die römischen Juristen erkännten auch an, daß die Sclaverei jure gentium contra naturam eingeführt sei; vermöge seiner natürlichen Freiheit aber habe der Mensch das Recht, Andere seiner Herrschaft zu unterwerfen, und wie eine solche Unterwerfung auch sittlich zu beurtheilen sein möge, rechtlich sei der Unterworfene der Sclave des Siegers und der Willensherrschaft desselben absolut unterworfen, er sei eben ein mancipium, d. h. ein überwältigter Feind, mit dem der Sieger zu verfahren berechtigt sei, wie ihm beliebe. Demgemäß werde

---

gen. S. u. S. 291. Ueber die Stellung der römischen Sclaven vergl. namentlich Jhering a. a. O. Bd. II. S. 173.

dann die Sclaverei von den Römern auch einfach als ein absolutes Herrschaftsverhältniß construirt und der Sclave rechtlich nicht als Mensch [9]), sondern als Sache aufgefaßt."

Ueber die germanische Sclaverei spricht sich der Verf. dagegen so aus: „Wenn wir uns auf den sittlichen Standpunct derjenigen Zeiten stellen, in denen von den germanischen Völkern eine sittliche Rechtfertigung der Sclaverei für möglich gehalten und angenommen wurde, daß ein siegreiches Volk berechtigt sei, die Besiegten zu seinen Knechten zu machen, so kann von einer solchen sittlichen Rechtfertigung der Sclaverei oder Hörigkeit doch immer nur insofern die Rede sein, als darunter ein, wenn auch strenges und unlösbares [10]), doch aber immer beschränktes Dienstverhältniß verstanden wird, in Folge dessen der Hörige zwar zu Dienstleistungen verpflichtet ist, daneben aber doch immer als Mensch betrachtet wird, und als solcher [11]) seinem Herrn gegenüber bestimmte, von dessen Willkür unabhängige Rechte hat. In dieser, aber auch eben nur in dieser Weise haben die Germanen die Hörigkeit für sittlich erlaubt gehalten, und in dieser Form eines beschränkten Dienstverhältnisses erscheint die Hörigkeit schon zur Taciteischen Zeit, und wie späterhin das Rechtsverhältniß zum Herrn meistentheils durch Hofrechte und Dienstrechte regulirt wird, so ist auch der Umfang und

9) Das römische Recht spricht dem Sclaven nie die Qualität als Mensch ab, sondern nur die als Person; ist ja sogar die Bezeichnung homo für den Sclaven fast eine technische. Mensch und Sache sind, rechtlich betrachtet, auch keineswegs Gegensätze, einen rechtlichen Gegensatz bilden Person und Sache.

10) Der Verf. will wol sagen: von Seiten des Sclaven unlösbares.

11) Daß der Mensch als solcher Rechte habe, ist dem altgermanischen Recht fremd, erst durch die Kirche wird es mit diesem Satze bekannt, ohne ihn aber überall zu dem seinigen zu machen.

die Art der Dienstleistungen, zu denen die Hörigen verpflichtet sind, größten Theils so billig bestimmt, daß sich ihre Lage von der freier Colonen und Hoftagelöhner wenig unterscheidet."

Hält man hiermit die zum Schluß angestellte, schon oben[12]) erwähnte und beurtheilte „Vergleichung der Art und Weise, wie die römischen Juristen einerseits und die Rechtsbücher des Mittelalters andererseits sich über die Sclaverei aussprechen," zusammen, und berücksichtigt man namentlich die folgende Paraphrase der betreffenden Stellen des Sachsenspiegels und Weichbildsrechts[13]): „das heißt mit anderen Worten: weil das Recht in letzter Instanz aus dem göttlichen Willen entspringt, folglich auch nur dasjenige Recht sein kann, was dem göttlichen Willen entspricht, und ein gesatzt Recht natürlich Recht nicht abthun kann[14]), so kann auch ein Rechtsverhältniß, das die Menschen wider Gottes Willen durch widerrechtliche Gewalt geschaffen haben, nicht rechtsbeständig sein, und wird mit Unrecht für Recht ausgegeben" — so erscheint die Vermuthung gerechtfertigt, daß der Verf. nicht das Vorkommen einer eigentlichen Sclaverei bei den Germanen in Abrede stellen will, sondern dieselbe vielmehr nur als Thať

---

12) S. 37. 131.

13) Sachsensp. III. 42. §. 6. Sächs. Weichbildsrecht (Daniels) art. 3 §. 4.

14) Schmidt entnimmt S. 71. 72 dieß Argument der Glosse des Sachsenspiegels. Hätte er die Glosse zu der hier besprochenen Stelle verglichen, so hätte er sehen können, wie sein beliebter Gewährsmann in seiner Polemik gegen den glossirten Artikel, von welchem er sagt: „Disser articulus sein des — hern Ecken wortte unnd spricht dye wort nicht für ein rechte sunder er spricht sy durch disputyerens willen unnd wil da mitt beweysen unnd bewären daz von rechts wegen keyne eygene leüte söllen sein" — neben dem im römischen Sinn aufgefaßten „natürlichen Recht," nach welchem alle Leute frei seien, das „gesatzt Recht" anerkannt, nach welchem „eygenschaffte gesein müge mit rechte." (a. E.)

sache, nicht aber als Rechtsinstitut anerkennt. So eigenthümlich diese Anschauung ist, so ist freilich nur auf diese Weise eine Vereinigung der offenbaren Thatsache mit dem von dem Verf. aufgestellten germanischen Rechtsprincip möglich, das Verfahreu des Verfs. wird aber hierdurch schlagend charakterisirt.

Betrachten wir die späteren Zeiten, so findet sich allerdings zwischen der rechtlichen Stellung der Unfreien bei den Römern und bei den Germanen große Verschiedenheit vor. Dieselbe beruht aber keineswegs auf einer verschiedenen principiellen Auffassung des Verhältnisses, sondern auf der thatsächlichen Verschiedenheit zwischen den Lebensverhältnissen des späteren Roms und der germanischen Staaten. Die fortdauernden Eroberungskriege führten Sclaven, meist fremder Nationalität, massenhaft nach Rom, die Herrschaft eines Einzelnen vereinigte häufig eine große Anzahl derselben unter sich, die thatsächliche Gemeinschaft mit den Freien trat dadurch mehr und mehr zurück, das tägliche Vorkommen des Verkaufs ließ dagegen ihre Rechtlosigkeit immer prägnanter hervortreten, und selbst die häufigen Freilassungen mußten diese Ansicht bestärken. Wie man ihnen schon fast alle körperliche Arbeit überlassen hatte, so gewöhnte man sich, sie als reine Vermögensstücke zu betrachten und jede Art der Verwerthung derselben zu Nutzungs- oder Vergnügungszwecken für gerechtfertigt zu halten. Die lax gewordene Sitte war nicht mehr mächtig genug, hier eine Schranke zu ziehen. Es war daher am Recht, einzuschreiten, und dieß geschah auch in völlig angemessener Weise, namentlich stellt sich der Zwang, einen zu hart behandelten Sclaven zu veräußern, als eine der Natur des Verhältnisses ganz entsprechende Maßregel dar, und es gehört zu den schon öfters gerügten Irrthümern des Verfs., in den betreffenden Rechtssätzen singuläre Bestimmungen zu

erkennen [15]), ebenso wie es auch irrig ist, die Reaction des sittlichen Gefühls der Römer gegen den Mißbrauch der dominica potestas erst in den späteren Zeiten entstehen zu lassen. Das Bedürfniß, durch Rechtssätze einzugreifen, trat später hervor; das sittliche Gefühl war aber früher keineswegs in geringerem Grade vorhanden.

Bei den Germanen gestalteten sich die Verhältnisse in ganz verschiedener Weise, aber nicht ein ethisches Princip war es zunächst, welches einwirkte, sondern die gesammte thatsächliche Entwickelung der gesellschaftlichen Zustände führte dazu. Vor Allem fehlte es an dem eigentlichen Material, aus welchem man Sclaven machen konnte, denn seitdem die germanischen Staaten sich consolidirt hatten, kamen eigentliche Eroberungen und in Folge davon massenhafte Unterwerfungen von Angehörigen fremder Völker nicht mehr vor. Ein Grund, von der alten Sitte, an die Unfreien Land auszuthun, abzugehen, lag nicht vor, diese Nutzbarmachung derselben entsprach vielmehr fortwährend den Verhältnissen, ja es stellte sich sogar als zweckmäßig heraus, den einem Unfreien gewährten Mansus seinem Sohne zu belassen. Manche Leistungen mußten ihrer Natur nach fixirt werden, und diese Fixirung fand begreiflicher Weise bei den einzelnen Unfreien derselben Herren in übereinstimmender Weise statt. Hieraus entstanden allmälig feste Normen über die Beziehungen des Unfreien zum Grund und Boden und zum Herrn, welche innerhalb des

15) S. o. S. 19. 23. — Wollte man die unpassenden allgemeinen Motive, welche Gajus den Constitutionen Antonin's unterlegt: male nostro jure uti non debemus Gajus I, 53; expedit rei publicae ne sua re quis male utatur, berücksichtigen, so könnte man hierin einen Beleg dafür erkennen, daß auch nach römischem Recht der Mißbrauch auf den Bestand des Rechts Einfluß habe. S. Schmidt S. 142. Vergl. o. S. 102 f.

Kreises der einem Herrn gehörigen Unfreien ihre Realisirung fanden [16]).

Damit war aber den Unfreien noch nicht eine wirkliche Rechtsfähigkeit gegeben, denn da diese Normen nicht von der staatlichen Gemeinschaft realisirt wurden, eine Realisirung durch die Unfreien und den Herrn zwar in Betreff der einzelnen Unfreien wirksam war, aber nicht dem Herrn gegenüber, so war die Beschränkung ihrer Abhängigkeit, vom streng rechtlichen Standpunct aus betrachtet, nur eine thatsächliche, und es finden sich ja auch vielfache Beispiele, daß aufgestellte Normen nicht realisirt werden konnten oder der Herr sogar dieselbe willkürlich änderte. Nur gegen willkürliche harte Züchtigung und Tödtung wurde der Unfreie durch das Recht geschützt, doch hatte er, resp. sein Erbe, auch hier nicht ein Klagrecht gegen den Herrn, sondern es wurde, wie im römischen Recht, ex officio vorgeschritten.

§. 22 a.

Bedeutung des Familienrechts für das übrige Recht.

„Das Familienrecht eines Volks," behauptet der Verf. in §. 22, „ist von der größten Bedeutung für das Verständniß des ganzen Rechts. In der Gestaltung des Familienrechts tritt die Rechtsidee eines Volks am klarsten und bestimmtesten hervor,

16) Sowol den s. g. Halbfreien, welche schon früh mit verschieden ausgebildeten Rechten vorkamen, als auch Freien, welche sich in die Abhängigkeit Anderer begeben hatten, wurde in ähnlicher Weise Grund und Boden verliehen. Die äußere Aehnlichkeit des Verhältnisses führte namentlich da, wo dieselben vermischt mit einander wohnten, oft zu einer Gleichstellung der ursprünglich völlig Abhängigen und der ursprünglich Freien. So wie diese Identificirung (oder wenigstens Annäherung) auf die Stellung der letzteren von ungünstigem Einfluß war, hob sie im Gegentheil die der ersteren.

weil im Familienleben die sittlichen Beziehungen der Menschen zu einander am schärfsten und lebendigsten sich zeigen, und in der Art der Behandlung dieser sittlichen Beziehungen eben der specifische Charakter eines Rechts beruht. Wenn daher einem Recht eine bestimmte Eigenschaft vindicirt wird, wie dem römischen Rechte der Charakter der Universalität, so wird die Probe vor Allem am Familienrecht gemacht werden müssen. Kann man dem römischen Familienrecht, und zwar nicht in der verstümmelten Gestalt, wie es im Corpus juris erscheint, sondern in der principiengemäß durchgebildeten Form, wie es zur Zeit der classischen Jurisprudenz galt, den Charakter der Universalität nicht zugestehen, so muß dieser Charakter auch dem ganzen römischen Recht abgesprochen werden. Steht das römische Familienrecht mit unserem sittlichen Bewußtsein in Widerspruch, so gilt dieß auch von dem ganzen römischen Recht. Der Unterschied ist nur, daß der Widerspruch dort klarer zu Tage liegt, hier mehr verdeckt ist; wer aber den Widerspruch dort nicht läugnen kann und daneben zugestehen muß, daß das ganze Recht eines Volks ein organisches Ganze bildet, wird auch anerkennen müssen, daß der im Familienrecht zu Tage kommende Widerspruch selbst dann als ein durchgehender angesehen werden müsse, wenn er auf den anderen Rechtsgebieten auch für unser Bewußtsein verschwunden sein sollte."

Diese Argumentation mag bei einer flüchtigen Betrachtung etwas Bestechendes haben, sie muß aber doch als gänzlich verfehlt bezeichnet werden. Es ist irrig, daß in der Gestaltung des Familienrechts die Rechtsidee eines Volks am klarsten und bestimmtesten hervortrete, wenn man nicht etwa das klare und bestimmte Hervortreten in der bewußten Selbstbeschränkung des Rechts finden will, denn gerade weil „im Familienleben die sittlichen Beziehungen der Menschen zu ein-

ander am schärfsten und lebendigsten sich zeigen," überläßt das Recht die Realisirung derselben der Familie selbst. Es ist schon oben ausgeführt worden, wie das Recht erst dann die Realisirung ursprünglich durch die Familie allein realisirbarer Zustände übernimmt, wenn die Familienverbindung in ihrer ursprünglichen Kraft und Bedeutung nachläßt, wie diese Einwirkung auf das Innere der Familie im Verlauf der Zeit eine immer größere wird, nie aber die Gesammtheit der in der Familie und durch dieselbe realisirbarer Normen zu Rechtssätzen erhoben wird. Deßwegen können nun auch die einzelnen, das Innere der Familie betreffenden Rechtssätze, wie sie sich in einer bestimmten Zeit bei einem bestimmten Volk vorfinden, nicht als prägnantester Ausdruck der Rechtsidee desselben (um diese Bezeichnung des Verfs. zu brauchen) erscheinen, und eben so wenig kann dieß für die wegen der Beziehungen der Familie, resp. einzelner Familienglieder, mit außerhalb der Familie stehenden Personen von Anfang an nöthigen rechtlichen Formulirungen der Vertretung des Familienvermögens gelten. Das Recht hat zunächst die Verhältnisse derjenigen Personen zu regeln, welche nur durch den das Recht realisirenden Staat zusammengehalten werden, zwischen welchen aber eine andere enge sittliche Verbindung nicht vorhanden ist[1]), und insofern durch das Nachlassen der engen Familienbande die einzelnen Familienglieder auch in Beziehung zu einander als Staatsglieder zu erscheinen anfangen, berücksichtigt das Recht auch diese Beziehungen derselben. Das Recht wird in die Familie hineingetragen, auf diese ausgedehnt; in dieser

1) So lange die Gentilverbindung noch in ursprünglicher Kraft und Bedeutung besteht, bekümmert sich der Staat auch nicht um die inneren Verhältnisse der Gens. Dasselbe gilt für die alte Clientel und zeigt sich noch in manchen Beziehungen im späteren Patronat, sowie auch in der freien Ehe.

Ausdehnung kann aber der specifische Charakter derselben natürlich nicht erkannt werden. Als specifisch kann nur die ursprüngliche Passivität des Rechts in Betreff der Familie erscheinen. Diese Passivität ist aber so wie wol im Recht jedes Volks, so auch im deutschen und im römischen Rechte ursprünglich gleichmäßig vorhanden.

Was die vom Verf. hier angefochtene „Universalität" des römischen Rechts betrifft, so ist von der Bedeutung derselben an einer anderen Stelle gesprochen worden und es ist hier nur darauf aufmerksam zu machen, daß dieselbe für das römische Recht der classischen Zeit wol schwerlich von jemand in der Art behauptet wird, daß dasselbe überall unmittelbar anwendbar sei; ferner aber kann das Familienrecht der späteren Kaiserzeit, soweit es sich auf das Verhältniß zwischen Vater und Kindern bezieht (und dieß hat der Verf. ja offenbar hier vor Augen), nicht als „verstümmeltes" der „principiengemäß durchgebildeten Form der classischen Jurisprudenz" entgegengestellt werden, sondern erscheint als weitere rechtliche Ausbildung desselben auf Grund schon früher im Leben anerkannter sittlicher Normen.

Wenn endlich zum Schluß der mitgetheilten Ausführung des Verfs. behauptet wird, daß ein Widerspruch, auch wenn er auf anderen Rechtsgebieten verschwunden sei, doch als durchgehender, d. h. doch wol auf allen Rechtsgebieten vorkommender, anerkannt werden müsse, so muß ich gestehen, daß ich die Möglichkeit, geschweige denn die Nothwendigkeit einer solchen Anerkennung nicht einzusehen vermag.

Der Verf. weist dem Familienrecht noch dadurch eine besondere Bedeutung zu, daß er einen „unmittelbaren Einfluß desselben auf die Gestaltung des ganzen übrigen Rechts behauptet. „Die Familie," fährt er fort, „ist älter als der Staat; sie ist das erste Band, welches Menschen mit einander

verbindet, das erste Rechtsverhältniß, in dem Menschen zu einander stehen. Daher hat denn auch das Familienrecht, vorausgesetzt, daß sich in ihm die sittliche Idee der Familie realisirt hat, und nicht schon hier Recht und Sittlichkeit so scharf geschieden werden, wie dieß im römischen Rechte geschieht, einen typischen Charakter, indem, wenn neue Rechtsverhältnisse sich bilden, bei denen die Möglichkeit einer Anknüpfung und analoger Behandlung vorhanden ist, das bereits bestehende Rechtsverhältniß für sie das natürliche Vorbild ist. Dieser typische Charakter ist dem germanischen Familienrechte in hohem Maße eigen, und wir finden im germanischen Rechte eine doppelte Reihe von Rechtsverhältnissen, von denen die eine sich an das durch die Familie begründete Fraternitätsverhältniß anlehnt, und eine demselben analoge sittliche Zusammengehörigkeit erzeugt, die andere aber daneben auch zugleich das Verhältniß sittlicher Unterordnung nachbildet, wie es im Kreise der häuslichen Gemeinschaft in den verschiedenen Beziehungen gilt." Als dem Fraternitätsverhältniß nachgebildet führt der Verf. an die Gilden, Verbrüderungen, Innungen, Zünfte und selbst die alte germanische Gemeinde, als „der zweiten Art angehörig" bezeichnet er die durch den Gesinde-, Gesellen-, Lehrlingscontract begründeten Verhältnisse, die verschiedenen vogteilichen Verhältnisse, die Gefolgschaften „und im weiteren Sinn die aus dieser historisch erwachsene germanische Monarchie."

Dem römischen Familienrecht fehle dagegen ein typischer Charakter in diesem Sinn ganz, da dasselbe bei der Art und Weise, wie das Rechtsverhältniß des paterfamilias zu Weib und Kindern construirt sei, begreiflicher Weise in keiner Beziehung ein Vorbild für die Gestaltung von Rechtsverhältnissen für freie Menschen werden könne.

Es soll gern zugegeben werden, daß bei den Germanen eine Reihe von Verhältnissen den Familienverhältnissen nachgebildet worden, daß das Fraternitäts- und das Paternitätsverhältniß Prototyp derselben gewesen ist — nicht das rechtliche Verhältniß der Familienglieder ist aber nachgebildet worden, sondern das sittliche, und es ist deßwegen im Ganzen [2]) einerlei, in welcher Weise das Recht sich zur Familie verhält. Dieß zeigt sich namentlich darin, daß diese nachgebildeten Verhältnisse oft nach ganz anderen Seiten hin als Rechtsverhältnisse ausgebildet sind, als die Familienverhältnisse. Gerade nach der Seite hin z. B., nach welcher die letzteren hauptsächlich oder, in Betreff der entfernteren Grade, allein, als Rechtsverhältniß ausgebildet sind, nach der vermögensrechtlichen Seite, sind die nachgebildeten Verhältnisse nur selten als Rechtsverhältnisse aufgefaßt. Der Lehrherr und Brodherr hat zu dem Vermögen des Lehrlings und Dienstboten, auch wenn dieser vaterlos und minderjährig ist, keine rechtliche Beziehung, ein Erbrecht zwischen beiden und zwischen Zunft- oder Gildgenossen [3]) wird nirgends anerkannt; hingegen sind in diesen Verhältnissen solche Beziehungen, welche innerhalb der Familie lediglich durch die Sitte geregelt sind, gewöhnlich rechtlich festgestellt, und das Verhältniß ist insofern also zum Rechtsverhältniß geworden. Dieß gilt z. B. von der gegenseitigen Unterstützungspflicht der Gildgenossen [4]).

2) Einzelne Rechtssätze, die zunächst dem Familienrecht angehören, sind allerdings auch auf die analogen Verhältnisse angewandt worden.

3) Das mitunter wol vorkommende beschränkte und subsidiäre Erbrecht der Gildkasse selbst gehört nicht hierher, denn dieses hat gar keine Analogie innerhalb der Familie.

4) Einen Rechtssatz, der die Alimentationspflicht des Bruders aufstellte, kennt auch das germanische Recht nicht (s. o. S. 283), wol aber ist es Rechtspflicht, den Vater zu alimentiren. Hingegen

Da nun der Verf. selbst nicht in Abrede stellt, daß auch bei den Römern die Familienglieder als sittlich zusammengehörig und gegenseitig verpflichtet anerkannt worden sind, so würde in der von ihm behaupteten principiellen Verschiedenheit des Familienrechts der Grund nicht liegen, daß die Nachbildungen der Familienverhältnisse nicht auch in Rom vorgekommen seien. In der That finden sich aber auch solche Nachbildungen der Familienverhältnisse in Rom vielfach vor. Der Verf. möge nur den ersten Paragraphen von Mommsen's Abhandlung über die Collegien und Sodalicien [5]) nachlesen, wo er eine Anzahl von Belegen dafür vorfinden wird, daß in diesen Verbindungen ein eigentliches Fraternitätsverhältniß anerkannt war. Die sodales werden als necessarii bezeichnet, den Cognaten, selbst den Kindern gleichgestellt, es ist untersagt, den sodalis anzuklagen, ein sodalis konnte nicht Richter in der Sache eines anderen sein [6]). — Ferner dürfte hier das hospitium [7]) zu erwähnen sein [8]), vor Allem aber

ist vielfach die Pflicht, den armen Zunftgenossen, regelmäßig die, den Gemeindegenossen zu alimentiren, festgestellt, nie aber die Pflicht, den Meister oder Brotherrn zu ernähren.

5) Th. Mommsen de collegiis et sodaliciis Romanorum.

6) Ich werde unten, §. 27, auf diese Verbindungen zurückkommen.

7) Wenn dieses vielleicht auch nach keiner Seite hin als strenges Rechtsinstitut sich construiren lassen dürfte, so gilt dieß in gleicher Weise für gar manche der unter die vom Verf. aufgestellten Kategorien fallenden Verbindungen.

8) Wenn Verträge mit dem specifischen Charakter des deutschen Gesinde-, Lehrlings-, Gesellenvertrags im römischen Recht fehlen, so erklärt sich dieß nicht daraus, daß die Römer eine einfache locatio conductio für den hier angemessenen Vertrag gehalten haben, sondern daß in Rom die factischen Voraussetzungen für diese Verträge, namentlich für den ersten, fast ganz fehlten. — Uebrigens kann hier eine Hinweisung auf die bekannten Worte der l. 63 pr. pro socio nicht übergangen werden: quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. Mag man diese Worte als Motiv der Gestattung des

gehört der Patronat hierher. In diesem tritt der vom Verf. vermißte specifische Charakter in weit prägnanterer Weise hervor, als in irgend einem Institute des germanischen Rechts. Es muß um so mehr Verwunderung erregen, daß der Verf. den Patronat nicht erwähnt hat, als er selbst die „vogteilichen Verhältnisse und die Gefolgschaften" erwähnt. Möglich, daß der Verf. die alte Clientel als ein Institut des überwundenen patricischen Rechts absichtlich ignorirt hat und das spätere Vorkommen derselben, selbst noch unter den Kaisern, nur als Anomalie ansieht, das Patronatsverhältniß zwischen einzelnen Römern und Municipien oder ganzen Provinzen aber als Singularität bei Seite liegen läßt; wie jedoch der Patronat über Freigelassene hinweggeräumt werden könnte, ist kaum abzusehen. Die Rechtsquellen erklären den Freigelassenen dem Sohn gleichstehend, das obsequium und die reverentia gegen den Patron und dessen Familie wird von dem Rechte anerkannt, eine Klage wegen groben Undanks ist gewährt, positive Leistungen sind dem Freigelassenen aufgelegt, namentlich Alimentationspflicht, die von ihm versprochenen operae haben einen ganz eigenthümlichen Charakter, ganze Titel handeln von demselben, dem Patron steht ein Erbrecht an der Hinterlassenschaft des Freigelassenen zu. Auf der anderen Seite sind mit dem patronatischen Recht Pflichten ver-

---

beneficium competentiae für socii im Allgemeinen ansehen oder darin die Bedingung angegeben finden, unter welcher der Prätor auch dem socius unius rei das beneficium gibt, so viel steht fest, daß die Römer das sittliche nahe Verhältniß unter Gesellschaftern anerkannten und rechtlich berücksichtigten, und daß man das Verhältniß als dem unter Brüdern analog auffaßte. Da wol aber die Ansicht vorzuziehen sein dürfte, nach welcher Brüdern selbst diese Rechtswohlthat nicht zugestanden hat, so finden wir auch hier wieder den oben erwähnten Fall, daß ein Familienverhältnissen nachgebildetes Verhältniß nach einer Seite hin rechtlich ausgebildet ist, nach welcher das erstere nicht Rechtsverhältniß ist.

bunden, deren Nichterfüllung den Verlust des Rechts herbeiführt, durch Mißbrauch geht es unter. Wie sehr gerade der sittliche Charakter des Verhältnisses es ist, der demselben seinen rechtlichen Inhalt verleiht, geht aus den feinen Unterscheidungen hervor, wem und in welchen Fällen der Patronat zustehe, ferner aus dem verschiedenen Umfang des patronatischen Rechts, je nach der besonderen Stellung des Patrons zum Freigelassenen — kurz, wenn es möglich ist, in irgend einem Rechtsinstitute den Einfluß des sittlichen Bewußtseins direct zu erkennen, so ist es im römischen Patronat. Hat ja doch das germanische Lehnrecht Sätze aus demselben entlehnt. — Wenn dieses aber unbestreitbar feststeht, so dürfte doch, dem Verf. wenigstens gegenüber, ein Rückschluß gerechtfertigt sein von dem Patronat auf die Familie. Wenn das Recht im nachgebildeten Institute das sittliche Bewußtsein anerkennt, so kann es dasselbe im Vorbilde nicht verläugnen.

Zweiter Abschnitt.

Das Sachenrecht.

Erstes Capitel.

Das Eigenthum.

§. 23.

Entstehung und Rechtsgrund des Eigenthums.

Schon um die Entstehung des Rechts im subjectiven Sinn zu erklären (§. 9), hatte der Verf. von dem Eigenthumserwerb gehandelt, bei den Römern als herrschendes

Princip das der Beute im Gegensatz zum germanischen Princip des Lehens bezeichnet, und daraus die alten Traditionsformeln erklärt. Indem sich der Verf. hierauf bezieht, will er hier nur noch zwei Verschiedenheiten hervorheben, die sich in der Lehre von der Occupation und von der Eigenthumsübertragung zeigen sollen. Nach dem Grundsatze, dem Verf. Schritt für Schritt nachzufolgen, habe ich das „Beuterecht" und die von dem Verf. daraus abgeleiteten Sätze schon oben [1]) beleuchtet, und es bleibt hier noch die Betrachtung der beiden erwähnten weiteren Consequenzen übrig.

1) Occupation. „Das römische Recht führt den Grundsatz, daß herrenlose Sachen von Jedem occupirt werden können und dem Occupanten gehören, consequent, aber auch zugleich rücksichtslos durch, so daß selbst Sachen eines Verstorbenen als herrenlos betrachtet werden und daher pro herede usucapirt werden können. — Im germanischen Recht ist dagegen auch das Occupationsrecht mehrfach durch sittliche Rücksichten beschränkt. So ist z. B. das Jagdrecht durch die zur Schonung des Wildstands bestehenden Jagdgesetze beschränkt; der Schatz, weil er eigentlich nicht herrenlos ist, sondern nur der Berechtigte nicht ermittelt werden kann, kein Gegenstand des Occupationsrecht, sondern Eigenthum des Königs, und ebenso erblose Sachen [2])". Weil also der Schatz eigentlich nicht herrenlos ist, der Occupant deßwegen nicht eine sittliche Berechtigung, denselben zu heben, hat, deßwegen — hat der König diese sittliche Berechtigung und „ebenso" bei „erblosen Sachen" — und dieß ist eine Beschränkung des Eigenthumserwerbs an herrenlosen Sachen! Wie verhalten sich aber zu der behaupteten consequenten und rück-

1) S. 70 ff.

2) Ich bin genöthigt gewesen, um nicht in den Verdacht der Entstellung zu verfallen, die Worte des Verfs. in extenso anzuführen.

sichtslosen, durch sittliche Rücksichten nicht beschränkten Durchführung der römischen Lehre die Sätze, daß der Finder des Schatzes die Hälfte desselben oder, wenn er absichtlich darnach gesucht hat, den ganzen Schatz herausgeben muß? Wie stimmt die Nichtoccupationsfähigkeit der res extra commercium zu der Occupationslehre, resp. zu dem subjectivistischen Princip, aus dem sie geflossen? Ist die Abschaffung der von Gajus als improba bezeichneten usucapio pro herede eine spätere Singularität?

2) Eigenthumsübertragung. „Nach römischer Ansicht vermittelt sich der Eigenthumsübergang bei der Tradition dadurch, daß, nachdem von Seiten des Tradenten durch Aufgabe seines Rechts das dem Erwerb des Eigenthums entgegenstehende Hinderniß beseitigt ist, der Erwerber die factische Herrschaft und durch sie das Eigenthum der Sache durch Besitzergreifung erlangt. Daher ist der Besitzerwerb wesentliches Requisit des Eigenthumsübergangs.“ „Nach germanischer Ansicht dagegen vermittelt sich der Eigenthumsübergang durch die aus der Willenseinigung des Tradenten und Empfängers entspringende sittliche Berechtigung, und es ist, weil diese von der Einräumung des Besitzes unabhängig ist, diese letztere kein nothwendiges Requisit des Eigenthumserwerbs.“

Diese Deduction ist mit der in §. 9 gegebenen nicht ganz übereinstimmend. Dort wurde nämlich behauptet, das in den alten Formeln deutlich erkennbare Princip des Eigenthumserwerbs sei auch in dem späteren Recht noch vorhanden, so daß die aus dem jus gentium stammende traditio nur so weit wahrhaft und vollständig assimilirt worden sei, als sie „von jenem Geist aus begriffen und anerkannt werden konnte,“ d. h. von den zwei selbstständigen Handlungen, in welche sich die Tradition auflösen ließe, dem vacuam possessionem machen

und der Apprehension durch den Erwerber, sei die erstere ein superfluum, das als solches der Auffassung der letzteren als formloser Mancipation nicht im Wege stehe, man könne also auch vom römischen Standpunct aus anerkennen, daß durch die Tradition ein wirkliches und rechtlich gültiges dominium entstehe [3]). Hiermit und mit der allgemeinen Erklärung über die principielle Identität des jus gentium mit dem alten Civilrecht [4]) läßt es sich nun aber nicht vereinigen, wenn der Verf. an unserem Orte auf die erste in der Tradition enthaltene Handlung entschieden Gewicht legt, indem er erklärt, durch „die Aufgabe seines Rechts beseitige der Tradent das dem Erwerb des Eigenthums entgegenstehende Hinderniß." Darin liegt doch wol klar und deutlich die Nothwendigkeit dieser Handlung zur Effectuirung des Eigenthumsübergangs ausgesprochen, und damit ist zu gleicher Zeit anerkannt, daß das römische Recht eine sittliche Berechtigung des Erwerbers verlangt. S. 108 und 109 findet sich wenigstens mehrmals in positiver und negativer Fassung ausgesprochen, daß die Erklärung des Tradenten den Grund für die Sittlichkeit des Erwerbs bilde. An unserer Stelle finden wir jedoch diese aus den eigenen Sätzen des Verfs. gezogene Consequenz nicht zugegeben, es wird hier vielmehr dem Eigenthumsübergang nach deutscher Auffassung allein die sittliche Berechtigung vindicirt. Diese soll entspringen aus der Willenseinigung des Tradenten und des Empfängers. In der „Einigung," d. h. dem Geeinigtsein dieser Willen, scheint also das sittliche Wirkung erzeugende Moment liegen zu sollen, und den Gegensatz muß dann die der römischen Anschauung entsprechende Sonderung, d. h. das Gesondertsein der beiden Willen bilden. Bekanntlich

3) Schmidt, S. 113 N. 9.
4) Schmidt, S. 26.

hat Kant[5]) eine „transcendentale Deduction" des Begriffs der Erwerbung durch Vertrag (in der weiteren Kant'schen Bedeutung) in der Art vorgenommen, daß er empirisch auf einander folgende Acte als aus einem gemeinsamen Willen hervorgehend denkt und diesen gemeinsamen Willen als den Recht erzeugenden oder verändernden auffaßt. Diese Deduction selbst kann hier füglich unerörtert bleiben; wie man aber diese abstracte Auffassung als einem positiven Recht angehörend und einem anderen abgehend bezeichnen kann, ist unbegreiflich; vollends unfaßbar aber ist, wie man in der römischen Tradition, bei welcher sehr häufig die beiden Willen als coexistirend äußerlich erscheinen[6]), diese Coexistenz nicht anerkennen, dieselbe aber in der deutschen Auflassung, in welcher de jure die resignatio der Apprehension ausdrücklich vorhergehen muß, ja in welcher beide Acte häufig durch einen dritten Act getrennt sind, erblicken kann. Wir können also nur zu dem Resultate kommen: entweder entspringt auch aus dem bei der Tradition vorhandenen gesonderten Willen des Tradenten und des Erwerbers eine sittliche Berechtigung, oder diese ist auch bei den deutschrechtlichen Uebertragungsarten nicht vorhanden.

Die behauptete Verschiedenheit soll nun aber auch eine besondere practische Wirkung haben (durch welche sie wol auch wieder bewiesen werden soll). Nach römischem Recht soll die Besitzergreifung wesentliches Requisit des Eigenthumsübergangs, nach germanischem Recht jedoch der Eigenthumsübergang von der Einräumung des Besitzes unabhängig sein. Zur Wider-

5) Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre. §. 19.

6) Dieß tritt namentlich da deutlich hervor, wo die zu tradirende Sache mit Willen des Empfängers in sein Haus eingebracht wird. Derselbe erwirbt hier Besitz, resp. Eigenthum, auch ohne körperliche Apprehension, vergl. z. B. l. 9 §. 3 de jure dotium.

legung der behaupteten römischen Lehre genügt wol eine einfache Verweisung auf das nächste beste Pandectencompendium [7]), was aber die germanische Anschauungsweise betrifft, so wird ein näheres Eingehen hier nothwendig sein.

Der Verf. behauptet, daß nach der germanischen Ansicht „der Eigenthumsübergang durch die aus der Willensmeinung des Tradenten und Empfängers entspringende sittliche Berechtigung vermittelt werde, es sei daher, weil diese von der Einräumung des Besitzes unabhängig sei, diese letztere kein nothwendiges Requisit des Eigenthumserwerbs. Dieß zeige sich namentlich in folgenden Acten: gerichtliche Auflassung und an deren Stelle Umschreibung in öffentlichen Büchern, Lehnsinvestitur, Ertheilung des Grundbriefs bei Leihen, Uebergabe der das Eigenthum beweisenden Urkunden, Uebersendung des Connossements." Was die erste Behauptung betrifft, so würde die natürliche Folge des Satzes, daß der Eigenthumsübergang durch die aus der Willenseinigung des Tradenten und Empfängers entspringende sittliche Berechtigung vermittelt werde und daher unabhängig von der Einräumung des Besitzes sei, die sein, daß im Moment der Perfection des die zu veräußernde Sache betreffenden Consensualvertrags das Eigenthum selbst übergehe. Dieß gibt der Verf. nun auch als an sich genügend zu (S. 221) und findet den Grund, daß dieser Grundsatz im deutschen Recht nicht anerkannt ist, nur darin, daß „die Eigenthumsübertragung nicht nur zwischen Tradenten und Empfänger, sondern auch allen dritten Personen gegenüber insofern Rechtswirkungen erzeugen solle, als diese den Empfänger in Zukunft als den rechten Eigenthümer zu re-

7) Z. B. Puchta, §. 151—153; auch der durch ein constitutum possessorium vermittelte Eigenthumserwerb ist hier anzuführen, da der Verfasser seiner ganzen Argumentation nach unter Besitz den mit Detention verbundenen Besitz, resp. die Detention selbst, versteht.

spectiren dadurch verpflichtet würden." Dieß heißt aber doch offenbar nichts anderes, als: die Natur des Eigenthums steht dem Erwerb desselben durch einfachen Vertrag entgegen.

Im germanischen Recht tritt überall der Erwerb des Besitzes als für den Eigenthumserwerb von großer Bedeutung hervor. Der früherhin unbezweifelte Satz von der Uebertragung dinglicher Rechte ohne Besitzerwerb ist heut zu Tage nicht nur stark angezweifelt, sondern sogar, wenigstens in seiner Allgemeinheit, umgestoßen worden [8]). Das älteste Recht verlangt eine „investitura" (Besitzeinweisung) neben der „traditio" (Rechtsübertragung) und jene enthält eine viel prägnantere Besitzergreifung, als sie je das römische Recht forderte. Auch im neueren Recht wird sie vielfach gefordert, und wo sie nicht nothwendig ist, tritt wenigstens das Erforderniß symbolischer Besitzergreifung auf. Auch die Sätze über Anfang des ehelichen Rechts des Manns an den Gütern der Frau durch Consummation der Ehe, das particularrechtliche Erforderniß der Besitzergreifung von erblich angefallenen Gütern u. s. w. bezeugt diese Auffassung.

Bei den Mobilien tritt die thatsächliche Innehabung bekanntlich so sehr in den Vordergrund, daß, obgleich dieselbe zwar eines verschiedenen rechtlichen Inhalts fähig sein und auch ohne rechtlichen Inhalt vorkommen kann, doch ursprünglich dieser rechtliche Inhalt von dem Innehaben abstrahirt nicht gedacht werden kann [9]). Dieß zeigt sich namentlich auch bei

---

8) Vergl. die die neueste Dogmengeschichte und eigene, durch die Scheidung der Quellen verdienstliche, Ausführungen enthaltenden Germanistischen Abhandlungen von Sandhaas. Abh. 1.

9) Den S. 219 N. 1 vom Verf. hervorgehobenen römischen Grundsatz, daß an wilden Thieren das Eigenthum nur so lange besteht, als die physische Herrschaft dauert, sind die so häufig vorkommenden Sätze über das Recht an ausschwärmenden Bienen zur Seite zu setzen. Wird hier durch die in verschiedener Weise näher bestimmte

der Rechtserwerbung, zu welcher nicht nur Besitzergreifung, sondern fortdauerndes Innehaben erfordert wird. Am deutlichsten spricht dieß die Parömie, donner et retenir ne vaut, aus. Lediglich aus den aufgestellten Principien läßt sich aber auch der Ausschluß der Vindication aus der Detention gelassener Mobilien, welchen man gewöhnlich mit der Parömie, Hand muß Hand wahren, zu bezeichnen pflegt, erklären. Der Verf. versucht diesen Satz folgendermaßen aus seinem Princip abzuleiten: „Bei fahrender Habe bewirke die Besitzübertragung bereits die genügende Publicität" (nämlich eine solche Publicität, welche auch Dritten gegenüber dem Erwerber eine sittliche Berechtigung verschafft, d. h. durch welche Eigenthum übertragen wird). Daraus folge aber, daß jeder Dritte befugt sei, jede Besitzübertragung als Eigenthumsübertragung anzusehen, den Besitzer also ohne Weiteres für den rechten Eigenthümer zu halten, und daher fehle demjenigen, der den Besitz seiner Sache einem Anderen eingeräumt habe, im Fall, daß dieser sie an einen Dritten veräußere, die sittliche Berechtigung, sie von dem Dritten, der sie in gutem Glauben kaufte, zu vindiciren. Diese Argumentation ist nur in Betreff der durch Hereinziehen der bona fides des Erwerbers bewirkten späteren particulären Modificationen des besprochenen Satzes schlüssig, läßt aber auch die Möglichkeit des Anevangs gestohlener Sachen gegen den gutgläubigen Dritten unerklärt, da ausdrücklich gesagt wird: „jeder Dritte ist befugt, den Besitzer für den rechten Eigenthümer zu halten."

Schon oben ist erwähnt worden, daß der Verf. von der längst überwundenen Ansicht ausgeht, daß durch das Connosse-

---

Nachfolge die physische Herrschaft nicht gewahrt, so verliert der, aus dessen Stock sie ausgeflogen waren, sein Recht. Mitunter wird ihm aber selbst in diesem Fall nur ein Theil des ausgeflogenen Schwarms zugesprochen.

ment Eigenthum, und zwar ohne Besitzübertragung, übertragen werde, es kann jedoch nicht übergangen werden, in welcher Weise der Verf. die Lehre vom Connossement für seine Ansichten benützt [10]).

Statt die dem Absender eingeräumte Möglichkeit der Vindication der übersendeten Sachen aus der Concursmasse des Destinatars und die Nichtvindication dem dritten Connossementinhaber gegenüber als nothwendige Consequenz der römischen Grundsätze über Eigenthumsübergang beim Kauf und des particularrechtlichen Hand muß Hand wahren zu construiren, welche auch bei einfacher Tradition der Waaren Platz greift, spricht der Verf. von einem wegen Mangels der sittlichen Berechtigung widerruflichen Eigenthum des Empfängers des Connossements, erkennt jedoch bei dem dritten Besitzer diese Berechtigung an. Diese Erörterung ist aber deßwegen in dem vorliegenden Buche von Interesse, weil man in dem zu Grunde liegenden Gedanken die römische Anschauungsweise

---

10) Die Darstellung des Verfs., S. 221 N. 3, lautet wörtlich so: „Wie sehr dabei (bei den deutschrechtlichen Uebertragungsacten) der Begriff der sittlichen Berechtigung durchschlagend ist, spricht sich in einer eigenthümlichen, vom römischen Standpuncte aus unfaßlichen, Modification des Eigenthumsübergangs durch Uebersendung des Connossements aus. Nach der Absicht der Betheiligten soll der Empfänger des Connossements über die Waaren disponiren können, und er kann daher durch Uebertragung des Connossements auch sein Recht an der Waare auf Dritte übertragen. Der Empfänger des Connossements wird jedoch nicht unwiderruflich und ohne Rücksicht darauf, ob er den Kaufpreis gezahlt hat, Eigenthümer der Waare, weil ihm, wenn er seiner Seits nicht erfüllt hat, und nicht erfüllen kann, die sittliche Berechtigung fehlt, die Waare zu behalten. Daher hat nach einzelnen Handelsrechten der Absender im Falle des Concurses das Recht, die unbezahlte Waare zu revindiciren, jedoch nur aus der Masse, nicht wenn das Connossement an einen Dritten übertragen ist, weil diesem jene sittliche Berechtigung nicht fehlt."

vom Synallagma wiederfindet; dieser muß also der Verf. wenigstens Geltung angedeihen lassen.

§. 24.
Begriff des Eigenthums.

„Da nach römischer Anschauung der Rechtsgrund des Eigenthums in dem Willen und der thatsächlichen Realisirung dieses Willens zu finden sei, so werde auch Inhalt und Umfang der Herrschaft lediglich durch den Willen des Eigenthümers bestimmt, und daher sei Eigenthum ein Recht absoluter Herrschaft über die Sache. Nach germanischem Recht sei Eigenthum hingegen, da der Rechtsgrund desselben in der sittlichen Berechtigung des Besitzers gefunden werde, ein Recht sittlicher Herrschaft über die Sache, d. h. der Eigenthümer sei berechtigt, aber auch verpflichtet, die Sache ihrem sittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen. Deßwegen habe nach römischem Recht die verschiedene Natur der einzelnen Sachen auf den Begriff des Eigenthums keinen Einfluß, im germanischen Recht finde ein solcher aber statt, daher sei das Eigenthum verschieden an Grundstücken und an fahrender Habe, daher aber auch wieder verschieden an Herrschaften, Rittergütern, städtischen Grundstücken und Bauerngütern, daher seien bei der fahrenden Habe die Rechte des Eigenthümers verschieden an leblosen Sachen, Thieren (Verbote der Thierquälerei) und Leibeigenen."

Der Verf. geht nicht so weit, wie es von mancher Seite geschehen ist, dem germanischen Recht den Begriff des Eigenthums ganz abzustreiten, er behauptet nur mit vielen Germanisten die Verschiedenheit des germanischen Eigenthumsbegriffs von dem römischen. Aber auch dieß kann ihm nicht unbedingt zugestanden werden. Das germanische Recht kennt zwar von dem römischen dominium verschiedene Herrschafts-

verhältnisse über Sachen, es kennt aber auch den reinen absoluten Eigenthumsbegriff. Wenn man die in den Formelsammlungen enthaltenen Uebertragungen durchgeht, findet man in vielen die einzelnen Merkmale des Begriffs des römischen dominium ausdrücklich aufgenommen: die durch kein anderes Recht beschränkte Herrschaft über die Sache, die unbedingt freie Veräußerungsbefugniß werden mehr als einmal als Folgen des jus proprietarium bezeichnet, und gerade die Häufigkeit der Constituirung umfassender dinglicher Rechte an einer fremden Sache, die vielfältig aufgelegten Beschränkungen der Dispositionsfähigkeit, das häufige Belasten der Grundstücke zu Gunsten des Uebertragenden oder Dritter gab Veranlassung, diese Merkmale der völligen Herrschaft besonders hervorzuheben. Gerade dieses Gegensatzes wegen wird in der späteren Zeit die Unbedingtheit der Herrschaft durch einen adjectivischen Zusatz, wie ächt, dorslachtig, frei, liber, omnino liber, merus u. s. w. hervorgehoben. Bei Mobilien fehlte der Gegensatz, an diesen wurden nicht dingliche Rechte bestellt, diese waren nicht belastet und die Dispositionsfähigkeit in Betreff derselben war nicht beschränkt, deßwegen fehlen auch bei ihnen derartige Beziehungen.

Der Begriff der unbedingten Herrschaft und die Bezeichnung dafür existirt also. Es wäre nun freilich denkbar, daß das germanische Recht das von dem Verf. aufgestellte Princip der Verpflichtung des Eigenthümers zum sittlichen Gebrauch stillschweigend vorausgesetzt hätte, und dann wäre allerdings der Begriff ein vom römischen abweichender. Das Princip ist aber da, wo der Verf. es weiter ausgeführt [1]) und damit die Möglichkeit der Widerlegung gegeben hat, im Vorhergehenden und Folgenden als unbegründet nachgewiesen. An

---

1) S. namentlich §. 12.

unserer Stelle erkennt der Verf. als Consequenz dieses Princips den Einfluß der Individualität der Sache auf den Eigenthumsbegriff. Sehen wir, wie es sich damit verhält. Die verschiedene rechtliche Behandlung der Immobilien und Mobilien in manchen Punkten ist unläugbar. Die nach manchen Rechten verschiedene Vererbung beider hat aber auf das Eigenthum keinen Einfluß, ebensoweuig der Umstand, daß da, wo ein Beispruchsrecht der nächsten Erben vorkam, dieß die Mobilien nicht berührte. Wichtig ist allein der Ausschluß einer dinglichen Klage, sobald der Eigenthümer die Mobilie freiwillig aus seinen Händen gelassen hatte, und die Formlosigkeit der Eigenthumsübertragung. Beides aber begründet nicht eine qualitative Verschiedenheit des Eigenthums an Mobilien und Immobilien, sondern das Eigenthum an ersteren stellt sich nur als ein geringer ausgebildetes, mit geringerem rechtlichen Schutze versehenes dar [2]). — Eine Verschiedenheit der Rechte des Eigenthümers an verschiedenen Arten der fahrenden Habe existirt nicht [3]). Eine verschiedene Behandlung im Erbrecht (Gerade, Heergeräthe) bedingt nicht eine Verschiedenheit des Eigenthums. Wenn der Verf. durch die parenthetische Bemerkung, „Verbote der Thierquälerei," eine Verschiedenheit des Eigenthums an Thieren und leblosen Sachen begründen will, so bedarf dieß wol keiner Widerlegung. Ueber das rechtliche Verhältniß der Leibeigenen, die wol aber nirgends der fahrenden Habe zugerechnet werden, s. o. §. 22.

---

2) Aehnlich verhielt es sich im ältesten römischen Recht sicherlich mit den res nec mancipi.

3) Der Unterschied der „gezeichneten" und „nicht gezeichneten" Mobilien, der in neuerer Zeit in geistreicher Weise geltend gemacht wurde (s. Michelsen, die Hausmarke. S. 27), ist für das eigentliche deutsche Recht noch nicht näher begründet. Aus diesem Unterschied folgt aber auch nicht eine Verschiedenheit des Eigenthums, sondern nur eine Verschiedenheit in der Sicherheit der Verfolgbarkeit.

Es wird weiter von einem verschiedenen Eigenthum an verschiedenen Immobilien gesprochen. Auch dieser Satz, so vielfach er gelehrt wird, ist nicht richtig. Der Eigenthümer des Ritterguts ist dominus, denn er hat die volle Herrschaft und Dispositionsbefugniß über sein Grundstück (wenigstens liegt in der Qualification des Grundstücks als Rittergut kein Grund der Beschränkung). Er kann aber auch nicht mehr als dominus sein, denn unbedingte Herrschaft ist ein absoluter Begriff. Daß der Eigenthümer nebenbei noch andere Rechte an anderen Sachen und gewisse persönliche Rechte hat, daß er manche Verpflichtungen, welche nach der Größe des Grundbesitzes bemessen zu werden pflegen, nicht oder in anderer Weise hat, betrifft sein Rechtsverhältniß zu seinem Gute — sein dominium nicht. Dasselbe gilt vom Eigenthümer eines Bauernguts. Betreffs seines Guts ist der Bauer dominus, nichts als dominus und nicht mehr als dominus; daß er daneben noch besondere Lasten zu tragen hat, afficirt sein Verhältniß zum Gute nicht. Wie eine solche Verbindung aufzufassen ist, davon nachher. Wie wenig die besonderen Rechte und Pflichten der Eigenthümer von Ritter- und Bauerngütern aus dem Eigenthume derselben hervorgehen, zeigt sich dadurch am deutlichsten, daß auch diejenigen, welche nur umfassende jura in re aliena an derartigen Gütern haben, dieselben Rechte und Pflichten haben; der Lehnsmann und der Colon, der Ehemann der Berechtigten, der Vormund und der Interimswirth, alle haben sie dieselben Rechte und Pflichten, nicht aber kommen dieselben dem Eigenthümer zu, wenn derartige dingliche Rechte bei anderen sind oder die Ausübung seiner Rechte durch die Rechte Anderer suspendirt ist. — Wollte man aber auch die behauptete Modification des Eigenthums wirklich annehmen, so würde sich eine solche Modification immer noch nicht als ein Ausfluß des Princips darstellen, daß

der Eigenthümer die Sachen ihrem sittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen berechtigt und verpflichtet sei. Es wird nicht leicht jemand verkennen, daß der Grundbesitz je nach seiner Größe, seiner Lage verschiedene sittliche Zwecke, um mit dem Verf. zu sprechen, habe, aber wo liegt der Unterschied zwischen dem sittlichen Zweck des Bauernguts und des gleich großen Ritterguts, oder wie gestaltet sich das Verhältniß, wenn ein kleines zerstückeltes Rittergut neben größeren arrondirten Bauerngütern liegt? Ließe sich hier das behauptete, verschieden qualificirte Eigenthum a priori rechtfertigen? Aus der Nebeneinanderstellung: „Herrschaften, Rittergüter, städtische Grundstücke, Bauerngüter“ (S. 225) glaube ich erkennen zu dürfen, daß der Verf. die sittliche Rechtfertigung aus dem Stande der Eigenthümer herholen will, und daher richtiger diesen Worten die Worte: Güter des hohen Adels, der Städtebürger, der Bauern substituiren dürfte. Will man nun auch zugeben, daß diese Güter gerade durch die Stellung ihrer Eigenthümer einen verschiedenen sittlichen Zweck haben, so zeigte sich dadurch ja gerade, wie es nicht die ursprüngliche Qualität des Grundstücks ist, welche bestimmend einwirkt, sondern das Verhältniß des Eigenthümers. Der Verf. mußte natürlich, wollte er nicht in einen Kreisschluß gerathen, von der factischen Verschiedenheit der Sachen selbst ausgehen. Aber auf diesem Wege trifft man freilich auf keinen entsprechenden Rechtssatz. Ein großer Gutscomplex mag einen anderen sittlichen Zweck haben, als ein kleines Krautland, aber diese Verschiedenheit begründet an sich eine rechtliche Verschiedenheit nicht.

Wenn der Verf. den Satz, daß das germanische Eigenthum keinen allgemein gültigen Inhalt habe, sondern denselben erst durch die Individualität des Objects erhalte, durchführen wollte, so mußte er darthun, daß alle Sachen, in specie alle Grundstücke, eine besondere Individualität hät-

ten, d. h. daß bei jedem zu dem allgemeinen Begriff Grundstück noch besondere rechtlich bedeutsame Merkmale hinzuträten, daß kein Grundstück nur lediglich Grundstück, sondern immer qualificirtes Grundstück sei. Dieß scheint er auch behaupten und in der berührten Nebeneinanderstellung: Herrschaften, Rittergüter, städtische Grundstücke, Bauerngüter, eine umfassende Eintheilung sämmtlicher Grundstücke geben zu wollen. Nun haben aber die städtischen Grundstücke eine besondere „rechtliche Individualität" nicht, es existiren ferner in vielen Gegenden des ältesten Deutschlands eine Menge von Grundstücken, welche, ohne von Städtebürgern besessen zu sein, von jeder besonderen Last frei, aber auch nicht besonders privilegirt, die eben nichts als Grundstücke schlechtweg sind. Woher soll das Eigenthum an diesen seinen Inhalt nehmen? Woher nahm das Eigenthum seinen Inhalt, ehe noch die Rechte des niederen Adels immobiliarisirt, oder, um noch weiter zurückzugehen, ehe vogteiliche Abgaben auf die Güter gelegt waren?

§. 25.

Rechte des Eigenthümers.

Die in Betreff des Eigenthumsbegriffs vorhandene Verschiedenheit findet der Verf. auch in den einzelnen in dem Eigenthum enthaltenen Rechten.

1) Das Recht des Fruchtgenusses stehe nach römischem Recht dem Eigenthümer zu aus dem Grunde, weil die Früchte durch die im Eigenthum stehende Sache erzeugt seien, einerlei, ob er oder ein Anderer gesäet habe; nach germanischem Recht dagegen habe der Eigenthümer nur das Recht auf Fruchtgewinnung, und das Recht auf die Industrialfrüchte sei folglich dadurch bedingt, daß er den Boden auch wirklich bebauen könne und bebaue. Nicht auf der Thatsache

des Eigenthums, sondern darauf, daß er in Betreff der Fruchtgewinnung dasjenige thue, was ihm als Eigenthümer obliegt, beruhe seine sittliche Berechtigung zum Genuß der Früchte.

Diese Sätze haben, wenn man von der traditionellen Auffassung des „verdienten Guts" ausgeht, manches Wahrscheinliche für sich, ja sie ließen sich namentlich dadurch stützen, daß, während die Früchte auch nach der Separation nach römischem Recht noch ihre Beziehung zum Grundstück behalten und mit diesem herausgegeben werden müssen, nach deutschem Recht, wie dieß Heimbach ausführt, diese ihre Eigenschaft mit der Separation verloren geht. Trotzdem ist aber der Unterschied nicht begründet. Was der Eigenthümer aus dem Gute nimmt (das he dar ut nimt), das ist sein, weil es auf dem Gut vorhanden ist, mögen dieß beliebige Accessionen oder Früchte sein, mag es rechtlich oder factisch mit dem Gute verbunden sein. Das gezogene Getreide erwirbt er, wie die wilde Frucht, wie den Bienenschwarm, der ihm zufliegt, und das Obst, das ihm zufällt. Gerade daß er diese letzteren Sachen auch erwirbt, zeigt, wie prägnant der Begriff der absoluten Herrschaft im deutschen Recht hervortritt. Eine besondere Berücksichtigung derjenigen Früchte, welche einer Thätigkeit ihre Entstehung verdanken, findet sich nur, wo eine Collision mehrerer, aus verschiedenen Gründen zum Fruchterwerb Berechtigter vorhanden ist. Eine derartige Berücksichtigung findet sich aber auch bei der Frage nach dem Fruchterwerb durch den redlichen Besitzer im älteren römischen Recht [1]). Der Ansicht des Verfs. widersprechen ganz direct zwei Stellen des Sachsenspiegels [2]), in welchen dem Eigenthümer, und nicht dem-

1) Heimbach, Lehre von der Frucht. S. 40 ff. 251 ff. Mit Bezug auf diese ältere Ansicht sprechen die Institutionen dem bonae fidei possessor die Früchte zu pro cultura et cura (verdientes Gut).

2) Sachsensp. II. 46. §. 1. 2. II. 58. §. 3.

jenigen, welcher den Boden bestellt hat, die Ernte zugesprochen wird. Ebenso ist auch in den Sätzen über den Erwerb der dem Eigenthümer, resp. irgendwie Nutzungsberechtigten eines Gutes als solchem zustehenden Zinsen und Zehnten das Moment der Herrschaft über das Gut am Tage des Fälligwerdens hervorgehoben, einerlei, ob diese Prästationen Aequivalente für Ueberlassung von Gutstheilen sind oder nicht.

Der Verf. leitet aus den aufgestellten Sätzen „die allgemeine Regel des älteren Rechts her, daß, wenn der Eigenthümer sein Vermögen nicht selbst verwalten könne, der Vormund, der die Last der Verwaltung trägt, auch die Früchte zu ziehen berechtigt sei (tutela fructuaria, Nießbrauchsrecht des Vaters und Ehemanns, Lehnsvormundschaft, Interimswirthschaft), sowie das Institut des Altentheils." Daß die meisten der angeführten Beispiele nicht als Ausflüsse des behaupteten Satzes angesehen werden können, leuchtet von selbst ein [3]). Was die viel bezweifelte tutela usufructuaria betrifft, so sind über deren eigentliche, mehr thatsächliche als rechtliche Bedeutung die Ausführungen von Kraut [4]) zu vergleichen, bei der Lehnsvormundschaft liegt es aber sehr nahe, daß nicht die Last der Verwaltung des Guts, sondern die Leistung der Lehndienste es ist, wofür die Früchte des Lehnguts das Aequivalent bilden.

Der Verf. behauptet zum Schluß, „auch in anderer Weise sei das Recht der Fruchtgewinnung noch verschieden." Nach römischem Recht sei dasselbe unbeschränkt, der Eigenthümer könne den Boden benützen, ganz wie es ihm beliebe und am vortheilhaftesten scheine; nach deutschem Princip unterliege auch dieses Recht den durch das Gemeinwohl und billige

---

3) Vergl. oben S. 107.

4) Vormundschaft. Bd. II. S. 83.

Rücksicht auf Dritte geforderten Beschränkungen. „Daher z. B. bei kleineren Grundstücken, wie Stadt- und Bauernfeldern, welche in Bezug auf die Weide ein wirthschaftliches Ganze bilden müssen, obrigkeitliche Regulirung der Wirthschaft, bei größeren Gütern Verbot der willkürlichen Bauernlegung, bei Forsten und Bergwerken Oberaufsicht des Staats oder Regalität u. s. w."

Beschränkungen des Eigenthums, welche auch auf die Fruchtziehung Einfluß haben, kommen allerdings vor, beziehen sich aber nicht direct auf das Recht der Fruchtgewinnung. Die localrechtlich festgestellte gleichmäßige Bewirthschaftung der in einer Flur oder einem Flurtheil liegenden Grundstücke hat als rechtlichen Inhalt eine Beschränkung des Eigenthums durch Servituten — Wege- und Weideservituten. Wegen der Existenz dieser Servituten ist allerdings der Einzelne nicht berechtigt, eine solche Cultur vorzunehmen, welche die Ausübung der Servitut unmöglich machte, oder thatsächlich nicht im Stande, solche Früchte zu bauen, welche durch Ausübung der Servitut zerstört würden. Dieselbe mittelbare Wirkung hat aber auch eine durch Privatdisposition aufgelegte Servitut. Aus dem römischen Reich sind, soviel mir bekannt, keine derartigen Bestimmungen aufbewahrt; durch die musterhafte Sorge für Wege und Weideland war wol auch meistens kein Grund dazu vorhanden; wo jedoch das Bedürfniß dazu trieb, mögen sicherlich auch derartige Sätze localrechtlich sich gebildet haben [5]). Das vom Verf. weiter ange-

5) Wenn wir eine Menge von Rechtsverhältnissen, welche ihrer Natur nach nur eine localrechtliche Berücksichtigung finden können, in den Quellen des römischen Rechts nicht erwähnt finden, so ist dieß bei der Natur der letzteren begreiflich. Die Erwähnung particulärer und localer Rechtsnormen in denselben ist ja immer nur eine Zufälligkeit. Deßhalb ist es aber auch verwerflich, germanische specifische Localrechtssätze den gemeinen römischen Rechtssätzen gegenüberzustellen.

führte Verbot der willkürlichen Bauernlegung enthält nicht eine aus billiger Rücksicht auf Dritte entspringende Eigenthumsbeschränkung, sondern eine Anerkennung der bäuerlichen Rechte. Was endlich die vom Verf. noch angeführten Beschränkungen durch Regalien und Oberaufsicht des Staats betrifft, so kennt diese das alte Recht nicht, ja sie stehen sogar mit der altgermanischen Auffassung in völligem Widerspruch. Die Oberaufsicht ist das Product einer höheren Ausbildung der Staatsidee, die Regalien aber dürften bei dem unverkennbaren Einfluß römischer Staatsanschauungen auf ihre Ausbildung mit Unrecht dem römischen Recht opponirt werden [6]).

Unter Nr. 2 wird der Grundsatz des römischen Rechts, daß der Eigenthümer so weit, als die factische Möglichkeit reicht, über die Substanz disponiren könne, dem germanischen Princip entgegengestellt, nach welchem das Recht der Disposition über die Substanz durch die Natur und den höheren sittlichen Zweck der einzelnen Sachen bestimmt werde. Daher der Unterschied zwischen fahrender Habe und Immobilien. Erstere sei ihrer Natur nach zum Verbrauche bestimmt, deßwegen sei der Eigenthümer auch befugt, über die Substanz zu verfügen. Der Grund und Boden sei aber bleibend zur Ernährung des Menschengeschlechts bestimmt und aus der Natur des Processes der Fruchterzeugung ergäben sich bestimmte Regeln über Bebauung und Theilung des Bodens. Zu große und zu kleine Güter hätten für den Wohlstand und das ganze sittliche und politische Leben des Volks die nachtheiligsten Folgen. Der Eigenthümer sei deßhalb in seiner Disposition über die Substanz beschränkt. Das Gemeinwohl sei bei der richtigen Theilung des Grundeigenthums wesentlich interessirt, und daher hätten sich die Grundsätze ganz natürlich

6) Vergl. z. B. die verschiedenen Beschränkungen, welche der Titel des Cod. Theod. de metallis enthält.

entwickelt, daß die Verfassung des Grundeigenthums Gegenstand des öffentlichen und Gemeinderechts sei, welches auf die bestehende Eintheilung des Grundeigenthums eine Menge anderer staatlicher und communaler Einrichtungen gründe, und daß Veränderungen daran nur mit Einwilligung der Staats- und Gemeindeobrigkeit vorgenommen werden könnten. Dieser Grundsatz werde theils mit voller Strenge festgehalten, theils gelange er wenigstens insofern zur Geltung, als dem späteren Eigenthümer die Wiederherstellung des früheren Zustands durch Reunions-, Reluitions- und Retractsrecht möglich gemacht werde.

Es soll hier keineswegs die besondere Gestaltung des deutschen Immobilienrechts geläugnet werden, der Ausgangspunct des Verfassers ist aber ein ganz irriger. Eine nationalökonomische Rücksicht in Betreff der Theilbarkeit des Grund und Bodens kennt das alte Recht nicht. Ein Verbot der totalen und partiellen Veräußerungen aus diesem Grunde existirt nirgends. Ja, in den Traditionenverzeichnissen kommen neben tradirten mansi vielfältig einzelne Grundstücke vor [7]). Die Theilung der Immobilien unter alle Erben, oder wenigstens die männlichen, würde sich damit auch nicht vertragen haben [8]), und die Nichtconcurrenz der öffentlichen Gewalt bei Erbtheilungen zeigt deutlich, daß der Staat oder die Gemeinde sich um die Größe des Grundbesitzes des Einzelnen nicht bekümmerte. Der vom nationalökonomischen Standpunct sicher-

---

7) Auch in den Capitularien werden halbe mansi, parvulae possessiones erwähnt. Der Sachsenspiegel gestattet ausdrücklich die Veräußerung ohne des Richters Erlaubniß; die l. 34. §. 1 aufgestellte Beschränkung beruht auf ganz anderen als den vom Verf. angeführten Gründen.

8) Wenn man in Deutschland die Sitte des Zusammenbleibens der Güter begünstigte, so findet sich dasselbe im alten Rom vor. Vergl. Mommsen, Römische Geschichte. Bd. 1. S. 126.

lich nicht zu rechtfertigenden Anhäufung des Grundbesitzes in der Hand der Kirche trat das Recht im öffentlichen Interesse nicht entgegen. Erst lange nach der Reception des römischen Rechts fangen einzelne Gesetzgebungen an, aus nationalökonomischen Gründen, öfters auch lediglich aus finanziellen (wegen der Schwierigkeit der Steuererhebung), die Zerschlagung des Grund und Bodens zu untersagen. —

Die Einwirkung des Staats oder der Gemeinde auf die Vertheilung des Grund und Bodens tritt überall hervor beim Uebergang aus der wol bei allen Völkern in ursprünglichen Zeiten in mehr oder weniger ausgeprägter Weise vorkommenden Gemeinschaft des Grunds und Bodens in Privateigenthum. Dieser Uebergang kann durch Theilung unter die Glieder der Gemeinschaft oder durch Zuweisung durch die Gesammtheit an Einzelne vorkommen. Bei dieser Gewährung der Rechte an die Einzelnen wird nach bestimmten Regeln vorgeschritten, der leitende Grundgedanke ist aber nur der, daß den Participienten gleiche Theile zugewiesen werden. Diese Vertheilung zeigt sich in den deutschen Gemeinden und tritt in Rom namentlich in der Anlegung der Colonien hervor. Hier wie dort blieb die Eintheilung fortwährend beibehalten und vom Recht geschützt, aber nur formell. Um die Veränderung in der Person des Eigenthümers bekümmert sich das Recht nicht. Vergleicht man aber die bei dieser Vertheilung angewandte Sorgfalt, die gewährte Möglichkeit, die alte Eintheilung streng aufrecht zu erhalten und Streitigkeiten über dieselbe zu schlichten, so dürfte vielleicht den Römern hier der Preis zuzuerkennen sein.

3) Veräußerungsrecht. Der Verf. stellt hier dem aus dem römischem Eigenthumsbegriff folgenden unbeschränkten Recht der Veräußerung einzelner Sachen und des ganzen Vermögens durch Geschäfte unter den Lebenden und von Todes

wegen die aus dem germanischen Eigenthumsbegriff fließende sittliche Beschränkung der Veräußerung durch die Rechte der nächsten Erben entgegen. „Nur gegen einen zu argen Mißbrauch des Veräußerungsrechts habe das sittliche Bewußtsein der Römer reagirt, indem es einen wirklichen Verschwender wie einen Wahnsinnigen behandelt und unter Curatel gestellt, ferner den enterbten Ascendenten, Descendenten und Brüdern durch die querela inofficiosi testamenti geholfen habe„ u. s. w. — Da die Beschränkungen der Verfügung von Todes wegen erst unten, beim Erbrecht, abzuhandeln sind, so ist hier nur das Recht der nächsten Erben bei Veräußerungen unter Lebenden und die Interdiction des Prodigus zu besprechen.

Die Beschränkung der Veräußerung der Immobilien durch die nächsten Erben ist allerdings als Grundsatz des germanischen Rechts aufzufassen. Daß einzelne ältere Quellen denselben nicht enthalten, ja vielleicht sogar ihn als Rechtssatz nicht anerkennen, ist gleichgültig, ebenso wie es gleichgültig wäre, wenn die Behauptung, daß derselbe überhaupt erst späteren Ursprungs sei, bewiesen werden könnte, denn so viel müßte doch immer entschieden angenommen werden, daß derselbe auf einer durchgehenden sittlichen Auffassung beruht, welche möglicher Weise ursprünglich von solcher Kraft war, daß sie einer rechtlichen Realisirung nicht bedurfte [9]). Aber mit dem Wesen des Eigenthums hat diese Beschränkung nichts zu schaffen, sie hat ihre Wurzeln vielmehr im Familienrecht, und es ist, rechtlich betrachtet, eine Zufälligkeit, daß sie nur in Bezug auf das Eigenthum ausgebildet ist. Der der Beschränkung zu Grunde liegende Gedanke ist, daß der Einzelne sein Vermögen, namentlich das von seinen Vorfahren ererbte, nicht für sich verbrauchen, sondern seinen Erben erhalten solle. Der-

---

9) S. v. S. 19.

selbe Sittensatz ist aber auch in dem römischen Recht anerkannt in der Behandlung des Prodigus. Die Befürchtung der Entfremdung des ererbten Familienvermögens ist der Grund der Interdiction, und zwar im alten Recht der ausschließliche [10]). Erst später wurde auch im eigenen Interesse des Verschwenders, resp. des Staats, die Interdiction vorgenommen.

Gegen die Auffassung, daß die Veräußerungsbeschränkung des germanischen Rechts zum Erhalten des Familienvermögens dienen solle, kann man allerdings einwenden, daß die unentgeldliche Veräußerung der Mobilien nicht untersagt sei, hingegen die Beschränkung auch die entgeldliche Veräußerung der Immobilien umfasse. Der Einwurf verliert aber seine Bedeutung, wenn man die thatsächliche Stellung der Mobilien und Immobilien im früheren Mittelalter ins Auge faßt. Die Mobilie ist überall nur von untergeordneter Bedeutung, lediglich ihr Gebrauchswerth wird berücksichtigt, nicht ihr Capitalwerth; als eigentlicher Stock des Vermögens erscheinen daher nur die Immobilien. Ferner ist die geringe Entwickelung der Verkehrsverhältnisse zu berücksichtigen.

In Zeiten eines ausgebildeten Verkehrs erscheint der Verkauf von Immobilien keineswegs als eine Vermögensverminderung oder läßt an sich Befürchtungen entstehen, daß der Kaufpreis nicht erhalten bleibe, denn es ist vielfache Gelegen-

10) Vergl. die Rechtfertigung der Interdiction eines Fabiers bei Valerius Maximus III, 5: Neque in tanta civitate, qui illud decretum reprehenderet, inventus est, dolenter enim homines ferebant pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis disjici. Ferner die Interdictionsformel bei Paulus III, 4. §. 7: Quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Nach Ulpian (XII. §. 3) endlich bezogen sich die Bestimmungen der XII Tafeln nicht auf den Liberten und denjenigen, welcher den Vater testamentarisch beerbt hatte.

heit vorhanden, den Kaufpreis nutzbar anzulegen, so daß er dieselben, resp. größere Früchte abwirft, als die verkauften Immobilien. Wo aber, wie dieß in den Zeiten des altgermanischen Rechts der Fall war, der Verkehr äußerst beschränkt und die Nutzbarmachung einer Geldsumme, wenn nicht unmöglich, so doch sehr schwierig ist, liegt es nahe, daß man auch in einem Verkauf von Immobilien eine Gefahr für die Integrität des Vermögensstamms erkannte und daran die Befürchtung einer eventuellen Benachtheiligung der Erben knüpfte. Das alte Recht unterschied daher auch nicht zwischen entgeldlicher und unentgeldlicher Veräußerung.

Nicht jede Veräußerung muß aber nothwendig eine Benachtheiligung der Erben enthalten, oder es lag nicht überall ein Grund vor, die Ansprüche der Erben zu schützen. Das erstere war dann der Fall, wenn für den Kaufpreis eine andere, gleich werthvolle Immobilie erworben oder eingetauscht, ferner aber, wenn vermittelst des Kaufpreises andere Immobilien des Verkäufers aufgebessert worden waren [11]). Der Kaufpreis konnte zwar consumirt, ja der Verkauf sogar in dieser Absicht vorgenommen sein; war jedoch der Verkäufer durch Noth zu dieser Consumtion, resp. dem Verkauf getrieben, so mußte natürlich die Rücksicht auf die Erben in den Hintergrund treten. Endlich konnte aber auch bei unentgeldlicher totaler Veräußerung oder partieller durch Bestellung dinglicher Rechte eine derselben zu Grunde liegende sittliche Rücksicht mit der Rücksicht auf die Erben in Collision gerathen und erstere als die stärkere erkannt werden, z. B. bei Leibzuchtsbestel-

11) Eine Aufbesserung des Grund und Bodens selbst durch Geld, wie es unserer heutigen Landwirthschaft geläufig ist, mag allerdings bei dem niederen Stande der Landwirthschaft kaum vorgekommen sein, aber die Einlösung einer verpfändeten Immobilie, die Ablösung einer auf dieselbe radicirten Rente erscheint ebenfalls als Aufbesserung.

lung an die Ehefrau, Schenkungen an die Kirche oder den König.

In den älteren Rechtsquellen finden wir nun auch diesen Rücksichten in der Art Rechnung getragen, daß der Verkauf aus ächter Noth, die Veräußerung an die Kirche und den König, die Bestellung einer Leibzucht an die Ehefrau für unanfechtbar erklärt wird, sonstige Veräußerungen aber ausdrücklich als unwirksam bezeichnet werden oder argumento a contrario auf diesen Rechtssatz geschlossen werden kann. Die Rücksicht auf die ächte Noth führt auch zu dem Satz, daß der Veräußerer das Gut seinen Erben zum Verkauf anbieten müsse. Der erste oben erwähnte Fall wird meines Wissens zwar nirgends berücksichtigt, dieß erklärt sich aber wol aus der Seltenheit desselben und daraus, daß ein gesundes Rechtsgefühl denselben nie einer rechtlichen Entscheidung unterwerfen ließ.

Statt daß nun aber die spätere Rechtsbildung diese Rechtssätze in consequenter Weise weiter ausgebildet hätte, hielt man sich vielfach an ein äußeres Moment. Um gegen Anfechtungen sicher zu sein, suchte man sich von denjenigen Personen, von welchen eine solche möglicher Weise vorkommen konnte, regelmäßig die Zustimmung zu verschaffen, und zwar ohne Rücksicht, ob die Veräußerung als solche anfechtbar war oder nicht. Die Häufigkeit dieses Gebrauchs mochte auch Gerichte, vor welchen die Veräußerung vorgenommen werden sollte, veranlassen, dieselbe nicht eher anzuerkennen, als bis der Consens der Erben beigebracht war, und so konnte man dahin kommen, für die Gültigkeit jeder Veräußerung von Immobilien die Zustimmung der Erben zu verlangen. So formulirt nun auch der Sachsenspiegel bekanntlich den Rechtssatz. Hätte diese Formulirung dem Inhalt des Rechtssatzes selbst genau entsprochen, so hätte derselbe freilich eine andere Bedeutung als im älteren Rechte erhalten. Nicht mehr eine in

der Sitte begründete Rücksicht auf Erhaltung des Familienvermögens konnte als Motiv des Satzes erscheinen, sondern er stellte sich dar als Anerkennung eines willkürlich auszuübenden Rechts der Erben an den Immobilien ihres Verwandten.

Die allgemeine Formulirung des Sachsenspiegels entspricht jedoch nicht dem Inhalt des geltenden Rechtssatzes, und zwar scheint mir dieß aus inneren Gründen mit Nothwendigkeit hervorzugehen. Im Fall ächter Noth kann es unmöglich in der Willkür der Erben gestanden haben, ihren Consens zu verweigern. Das Gleiche gilt von der Bestellung einer Leibzucht, welche von der Sitte als Pflicht anerkannt war [12]). Daß man diese Fälle nicht geradezu als Ausnahmen von der Regel construirte, erklärt sich daraus, daß durch die vorläufige Unterhandlung mit den Erben im ersten Fall diese Gelegenheit erhielten, dem Bedürfnisse des Verkäufers abzuhelfen und so das Gut zu erhalten oder es selbst zu kaufen, wie ja die lex Saxonum ein vorgängiges Anbieten an die Erben kennt; im zweiten Fall aber erschien eine Zuziehung der Erben angezeigt, um die Bestellung einer übermäßigen Leibzucht zu verhindern. Pflegte man also auch in diesen Fällen die Erben zuzuziehen, so ist es doch absolut undenkbar, daß es in der Willkür derselben gelegen haben könnte, dem Eigenthümer die Aufhebung seiner Noth durch Verkauf des Guts oder die Bestellung einer Leibzucht geradezu unmöglich zu machen [13]). Ob hier nach dem Rechte des Sachsenspiegels

12) Vergl. Hasse in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch. Bd. IV. S. 74. v. Sydow, Erbrecht nach den Grunds. des Sachsensp. S. 192. Dagegen ist Siegel, Das deutsche Erbrecht, S. 95, nach welchem „aus dem Stande unserer Rechtsquellen deutlich erhellen soll, daß die Sitte keineswegs dem Recht derogirt hatte (?)."

13) Ich glaube sogar noch weiter gehen und behaupten zu können, daß auch dann der Erbe mit einer Vindication nicht durchdringen

der Consens nach vorgängiger causae cognitio ausdrücklich vom Richter supplirt oder über die Verweigerung stillschweigend hinweggegangen und eine spätere Anfechtung abgewiesen wurde, wissen wir nicht. Eins von beiden muß aber geschehen sein, und jedenfalls erscheint dadurch der Satz in seiner Allgemeinheit modificirt, resp. die ersten Worte des Sachsenspiegels I. 52. stellen das Rechtsverhältniß mehr von der äußeren Seite dar, als daß sie eine genaue Formulirung des Rechtssatzes enthielten.

Ich kann mich daher auch nicht dazu verstehen, mit Gerber [14]) den Grund der Veräußerungsbeschränkung in der politischen Bedeutung des Grundbesitzes für die gesammte Familie zu finden. Einmal sprechen die von ihm selbst S. 11 angeführten Stellen dagegen, nach welchen ein bestimmtes Minimum des Grundbesitzes zur Erhaltung der politischen Stellung des Eigenthümers genügte, während die Veräußerungsbeschränkung durch die Erben sich auf jede Veräußerung bezog, auch wenn dieß Minimum erhalten blieb; ferner aber hätte sich nothwendiger Weise der Satz ausbilden müssen, daß jeder Erbe, auch der entfernteste, consentiren müsse [15]).

---

konnte, wenn der Erblasser das Gut veräußert hatte, um ein anderes Gut von nicht geringerem Werth zu kaufen oder um den Kaufpreis zur Einlösung einer anderen Immobilie zu verwenden und dieß wirklich geschehen war. Für den Fall, daß der Erbe nur eine geringe Mobiliarerbschaft erhalten hatte, aus welcher er ja allein den Käufer schadlos zu halten verpflichtet war, hätte in der Vindication eine zu schnöde Bereicherung zum Nachtheil eines Anderen gelegen.

14) Meditationes ad locum speculi Saxon. I, 52. Die Erklärung von Sandhaas, Germanistische Abhandlungen. S. 101 ff., scheint mir nicht als eine Erweiterung der Ansicht Gerber's aufgefaßt werden zu können.

15) Ich gebe zu, daß feste Bestimmungen darüber, wer von den Erben consentiren mußte, in den älteren Zeiten, und selbst vielleicht noch nach dem Recht des Sachsenspiegels, nicht vorhanden waren, jedenfalls fehlt es an Anhaltspuncten, um in den Urkunden, welche

Wenn nun aber sonach die der Beschränkung der Veräußerung der Immobilien zu Grunde liegende Anschauung mit derjenigen übereinstimmte, welche die römische Interdiction des Prodigus hervorgerufen hat, so ist freilich die Form, in welcher sich diese Anschauung in beiden Rechten geltend macht, eine verschiedene. Hier ist von vorn herein die Veräußerungsbefugniß beschränkt, dort tritt eine Beschränkung nur ein, wenn die Handlungsweise des zu Beschränkenden zu der Befürchtung berechtigt, daß er sein Vermögen verschwenden werde. Hier betrifft die Beschränkung nur die Veräußerung der Immobilien, dort jede Verfügung über das Vermögen. Die letztere Verschiedenheit ist im Vorhergehenden schon berührt worden, die erstere beruht auf ihr. In Rom hat, in den Zeiten wenigstens, aus welchen wir einigermaßen genauere Kunde haben, die Mobilie schon eine hohe Bedeutung erlangt, Darlehnsgeschäfte waren häufig, es war daher leicht, eine größere Geldsumme auch ohne Anlegung in Grund und Boden sicher nutzbringend zu machen. Der Verkauf einer Immobilie konnte daher einerseits an sich nichts Nachtheiliges für die Erben haben, auf der anderen Seite erschien aber durch leichtsinniges Verfahren bei Veräußerung von Mobilien oder bei Eingehung von Obligationen ihr Interesse in hohem Grade gefährdet, so daß eine gleichmäßige Behandlung sämmtlicher Dispositionen gerechtfertigt erschien, ein rechtliches Einschreiten aber nur unter der Voraussetzung erfolgen konnte,

---

„in der mannichfachsten Abwechslung" bald die nächsten Erben allein, bald auch entferntere als consentirend anführen, „das Thatsächliche von dem, was Rechtens war," zu unterscheiden, wie dieß Siegel a. a. O. S. 96 verlangt. Allein nach den späteren Quellen ist nur der Consens des nächsten Erben erforderlich, und wenn es sich wirklich um das Interesse der ganzen Familie handelte, so mußte auch schon im älteren der Satz sich ausgebildet haben, daß alle Erben zu consentiren hatten.

daß die Prodigalität thatsächlich documentirt war. Bei den Germanen erschien dagegen, wie erwähnt, jede Veräußerung von Immobilien bedenklich, die Gefahr für die Erben brauchte nicht durch das anderweite Verfahren des Veräußernden wahrscheinlich gemacht zu sein, sie lag in der Veräußerung selbst[16]). Kennt ja auch das römische Recht eine rechtliche Beschränkung solcher Veräußerungen, in welchen die Prodigalität selbst zu Tage liegt. So großes Dunkel auch noch über der lex Cincia schweben mag, so viel ist doch sicher, daß das Recht nicht unbedingt die Rechtsbeständigkeit aller Schenkungen, namentlich der Schenkungsversprechen, anerkannte[17]), und die Hervorhebung der Verwandten unter den personae exceptae in Verbindung mit den entsprechenden Bestimmungen der lex Furia u. s. w. rechtfertigt die Annahme, daß auch hier die Sorge für die Erhaltung des Vermögens in der Familie ein bestimmendes Moment war.

4) Recht der Ausschließung Dritter. „Die in dem Begriff des Eigenthums als Einzelrechtes liegende Befugniß, Dritten die Vornahme von Handlungen zu untersagen, zu welchen der Eigenthümer als solcher befugt ist, und welche daher, vom Nichtberechtigten vorgenommen, einen Eingriff in das Recht des Eigenthums enthalten — diese Befugniß, dieses Ausschließungsrecht sei im römischen Recht unbedingt. Wer wider Willen des Eigenthümers ein Grundstück betritt, eine Sache, wenn auch nur zum einstweiligen Gebrauch, wegnehme, begehe eine Injurie, ein furtum. Nach

16) Als die Bedeutung der Mobilie und der persönlichen Schuld wuchs, mußte auch bei den Germanen der römische Gesichtspunct in den Vordergrund treten.

17) Der Einwand, daß vor der lex Cincia derartige Beschränkungen nicht stattgefunden hätten, ist unerheblich. Der Rechtssatz entsteht, wie schon zum öfteren bemerkt wurde, wenn seine Zeit gekommen ist, aus dem Sittensatz, der sich vorher durch sich selbst realisirt.

dem dem germanischen Recht zu Grund liegenden Princip, daß die Menschen verpflichtet sind, sich in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, sei der Eigenthümer auch rechtlich verpflichtet, einem Dritten die einstweilige Benutzung seiner Sache zu gestatten, oder ihm zur Abhülfe augenblicklicher Noth von seinem Eigenthum etwas zu geben. Daraus stamme die Rechtspflicht der Gastfreundschaft des alten Rechts, die verschiedenen Schenkungspflichten, die Berechtigung des Hungernden und Bedürftigen, sich von den Früchten des Feldes und Waldes zu seinem augenblicklichen Bedarf etwas zu nehmen, und als Folge davon das Princip des gemeinen Criminalrechts, daß Forstfrevel und Entwendung von Feldfrüchten zum augenblicklichen Genuß kein Diebstahl seien. — Aus dieser Verschiedenheit der römischen und germanischen Auffassung gingen auch die Unterschiede in der Lehre vom Diebstahl hervor."

Ich bin weit entfernt, die extreme Ansicht von den Rechten des Inhabers an Allem, was sich auf seinem Grundstück befindet, zu vertheidigen: daß aber in dem Eigenthum und dinglichen Nutzungsrecht die unbedingte Befugniß der Ausschließung jedes Dritten enthalten ist, daß eine gewaltthätige Entfernung jedes gegen den Willen des Berechtigten Eindringenden völlig erlaubt war, bedarf sicherlich nicht eines Beweises. Der Verf. beruft sich selbst einmal auf das von dem Einfluß des römischen Rechts frei erhaltene englische Recht. Er möge doch dieß „germanische Recht" mit dem römischen vergleichen, und es wird wol kaum zweifelhaft bleiben, wo sich die Ausschließungsbefugniß des Eigenthümers prägnanter ausgesprochen findet [18]).

Wenn der Verf. behauptet, daß die alten germanischen Gesetze die Pflicht der Gastfreundschaft zur Rechtspflicht erhö-

18) Ihering a. a. O. Bd. II. S. 164 f.

ben, so ist das ungenau. Die betreffenden zwei Vorschriften der Capitularien schärfen, wie so häufig, lediglich die sittliche und religiöse Verpflichtung ein, ohne einen bezüglichen Rechtssatz zu proclamiren. Die lex Burgundionum ist, soviel mir bekannt, die einzige germanische Rechtsquelle, welche die Pflicht der Gastfreundschaft als Rechtssatz ausspricht. Es muß dieß bei dem Schweigen der anderen Quellen als Zufälligkeit erscheinen. Die Gastfreundschaft wird bei allen Völkern, so lange sie Bedürfniß ist, von der Sitte so heilig gehalten, daß daß Recht nicht nöthig hat, sich ihrer anzunehmen; dieß gilt für Römer, wie für Germanen. Wollte man aber auch mit dem Verf. eine Rechtspflicht annehmen, so muß es doch mehr als gezwungen erscheinen, dieselbe als eine Beschränkung des dem Eigenthümer zustehenden Ausschließungsrechts aufzufassen. Dasselbe gilt von der Berechtigung des Reisenden, sich zum augenblicklichen Bedarf von Feld- und Waldfrüchten etwas zu nehmen. Es liegt darin nichts als eine Anerkennung des Nothstandes. Alle einschlägigen Stellen sind aber so gefaßt, daß nicht etwa die Verpflichtung des Eigenthümers zur Ueberlassung von Früchten, Futter und Holz daraus abgeleitet werden kann, sondern lediglich die Straflosigkeit für denjenigen, der sich, soviel er zur Fütterung des Pferdes, zur Reparatur des Wagens gebrauchte, eigenmächtig wegnahm. Manche Stellen schreiben sogar einen Ersatz an den Verletzten ausdrücklich vor. Was über die geringen Quantitäten von Früchten, welche man beim Vorübergehen ungestraft pflücken darf, gesagt wird, läßt sich oft als eine Exemplification des Satzes minima non curat praetor auffassen. Mit diesen Bestimmungen hängt aber die mildere Bestrafung der Entwendung von Feldfrüchten und der Forstfrevel nicht zusammen. Was den Getreidediebstahl betrifft, so bestrafen ihn die ältesten Rechte gerade besonders hart. Die ge-

ringere Bestrafung desjenigen, der Gras oder Bäume abhaut und Fische in fließenden Gewässern fängt, erklärt sich, wenn man den Gegensatz der höheren Bestrafung des Diebstahls des schon gehauenen Grases und Holzes, der gesetzten und Fruchtbäume und der Fische aus Teichen ins Auge faßt [19]), in ganz anderer Weise. Nach dem Princip der Brüderlichkeit muß es ja völlig gleichgültig sein, ob ich schon separirte Sachen entwende oder sie erst selbst separire. Nach dem Princip des Verfs. müßte aber auch eine derartige Entwendung völlig straflos bleiben und nicht nur geringer bestraft werden.

Was der Verf. weiter über den Diebstahl beibringt, ist zum Theil irrig, wie z. B. der Gegensatz des römischen furtum manifestum und der höheren Bestrafung des nächtlichen Diebstahls in Deutschland. Zusammenzustellen sind furtum manifestum und Erfassen des Diebs auf handhafter That, nächtlicher Diebstahl nach deutschem und nach römischem Recht. Beiderlei Fälle werden von beiden Rechten gleichmäßig behandelt. Ganz communistisch klingt es, wenn der Verf. das Princip der Verpflichtung, dem Anderen in allen rechtlichen und sittlichen Dingen beizustehen, mit der Berechtigung jedes Dritten combinirt über die Existenz solcher sittlichen Verpflichtungen ein Urtheil zu fällen. Consequent, sollte man meinen, müßte hieraus die Straflosigkeit jedes Diebstahls deducirt werden; der Verf. schließt aber so: „Von einem Diebstahl kann nicht die Rede sein, wenn derjenige, der eine fremde Sache sich aneignet, zu der Voraussetzung sittlich berechtigt war, der Eigenthümer werde und dürfe als sittlicher Mensch unter den obwaltenden Umständen sich nicht weigern, ihm die Sache zu geben oder zu leihen. Daher fällt zunächst die Wegnahme einer Sache zum einstweiligen Gebrauch im Gegensatz

19) Vergl. Sachsensp. II. 28, C. C. C. 167—169.

zum römischen Recht überall nicht unter den Begriff des Diebstahls. Daher wird ferner der dem römischen Recht gleichfalls unbekannte Unterschied zwischen kleinem und großem Diebstahl gemacht, da die erwähnte Voraussetzung, von der Jemand bei Entwendung von Kleinigkeiten möglicher Weise, wenn auch mit Unrecht, ausgehen mochte, bei Sachen von größerem Werth jedenfalls nicht als möglich zugestanden werden kann."

Abgesehen von der factischen Unbegründetheit der aufgestellten Präsumtionen (wer wird es wol für denkbar halten, daß ein armer Tagelöhner geneigt ist, einem Anderen mit seinem 12 Thaler werthen einzigen Bett auszuhelfen) wäre aber die nothwendige Consequenz der aufgestellten Principien die gewesen: Die Wegnahme einer Sache zum Gebrauch und ein kleiner Diebstahl ist straflos, und es findet auch keine Schadensklage statt.

§. 26.

Besondere Rechte und Pflichten des Grundeigenthümers.

„Von den Consequenzen des Eigenthumsbegriffs, welche sich besonders beim Grundeigenthum geltend machen," führt der Verf. folgende zwei an:

1) Das gegenseitige Verhältniß der Nachbarn. „Nach römischem Recht kann jeder auf seinem Grund und Boden schalten, wie er will, ohne Rücksicht darauf, ob dadurch dem Nachbar der Genuß seines Eigenthums verkümmert wird oder nicht. Nach germanischem Recht werden durch den allgemeinen Grundsatz, daß die Menschen sich einander in allen rechtlichen und sittlichen Dingen beizustehen verpflichtet sind, und daß derjenige, der Jemandem näher steht als Andere, auch die nächste Pflicht zu solcher Hülfe hat, besondere sittliche Beziehungen zwischen den Nachbarn begründet. Dadurch ent-

stehen dem römischen Recht unbekannte unmittelbare Beschränkungen der Rechte des Eigenthümers, sittliche Pflichten werden zu Rechtspflichten erhoben.

Würde der Verf. diese Sätze lediglich aufgestellt haben, so könnte man nach dem Grund fragen, warum er die römischen Eigenthumsbeschränkungen nicht anerkennen wolle. Verwunderung muß es aber erregen, wenn es nach Erörterung des römischen Princips heißt: „Eine consequente Durchführung dieses Princips ist jedoch practisch ohne die größten Nachtheile nicht möglich, und daher finden sich auch im römischen Rechte einzelne Beschränkungen des Eigenthums zu Gunsten des Nachbarn." Wir begegnen also hier von Neuem der beliebten Argumentation, römische Sätze [1]) für Ausnahmen und Singularitäten zu erklären, während die entsprechenden Sätze des germanischen Rechts Ausflüsse eines willkürlich angenommenen Princips sein sollen. Im vorliegenden Falle ist auch nicht einmal der Versuch gemacht, dieß irgendwie zu begründen, wenn nicht etwa das Citat der Abhandlung Dirksen's [2]) als solcher erscheinen soll. Der Inhalt dieser Abhandlung selbst hätte aber den Verf. darauf führen müssen, daß die Beschränkungen des römischen und deutschen Rechts einander völlig ähnlich sind und auf denselben Principien be-

1) Die Sätze über die aqua pluvia und die cautio damni infecti.

2) Ueber die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nach römischem Recht in Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. Bd. II. S. 405. Jeder Andere als der Verf. kann Dirksen's Ansicht zugeben, daß die Eigenthumsbeschränkungen des Pandectenrechts sich auf religiöse Ansichten, oder auf polizeiliche Maßregeln, oder auf Begünstigung der Agricultur zurückführen lassen. Der Verf. aber darf dieß nicht, denn dann würden auch die meisten der germanischen Eigenthumsbeschränkungen, die noch dazu häufig in den Quellen selbst auf diese Gründe zurückgeführt werden, für seinen Zweck nichts beweisen. Er erkennt auch an anderen Orten die Zurückführung vieler Rechtssätze auf polizeiliche Maßregeln nicht an.

ruhen, ferner aber, daß gewisse, in deutschen Rechten aufgestellte Grundsätze im römischen Staate besonderer Einrichtungen wegen nicht nothwendig waren. Zu letzteren gehört namentlich das vom Verfasser ausdrücklich angeführte Hammerschlags- und Leiterrecht und die Anwende. Die Limites bei den Colonialgrundstücken, der Finis (wenigstens oft thatsächlich Rain) bei sonstigen ländlichen, das legitimum spatium bei städtischen Grundstücken ließen ein Bedürfniß zu derartigen Rechten nicht entstehen. Vergleicht man die Sätze des römischen Rechts über Ueberhang und Ueberfall mit den entsprechenden deutschen Sätzen, so kann nach den vom Verf. selbst aufgestellten Principien die Vergleichung nur zu Gunsten der ersteren ausfallen. Wenn mein Baum auf das Ackergrundstück des Nachbarn hinüberreicht, so wird, was hinüberreicht, in deutschen Rechtsquellen ausdrücklich dem Nachbarn zugeschrieben [3]), ich selbst darf nur, was in meiner Luftsäule ist, für mich beanspruchen. Nach römischem Recht hat der Nachbar nur ein Recht auf die überhängenden Aeste, wenn der Eigenthümer des Stamms dieselben nicht abnimmt, und nur mit einer Beschränkung, soweit sie ihm wirklich schaden [4]). Bei städtischen Grundstücken ist aber der Nachbar sogar verpflichtet, den ganzen Baum wegzunehmen. — Wenn von einem Baum Obst in des Nachbarn Garten fällt, so sprechen deutsche Rechtsquellen dasselbe dem Nachbarn (wenigstens zur Hälfte) zu; das römische Recht gestattet dem Eigenthümer des Baums, die Früchte auf dem Grundstücke des Nachbarn aufzulesen, jedoch darf er dieses Recht auch nicht mißbrauchen und nur über den anderen Tag

3) Vergl. z. B. Kraut, Grundriß. §. 109. Nr. 13—15.

4) Es ist für uns gleichgültig, ob die unter oder die über 15 Fuß oberhalb dem Boden stehenden Aeste gemeint sind. Jedenfalls enthält die Bestimmung eine Beschränkung der Wegnahme auf das schädliche Astwerk.

ausüben. Wo liegt hier die sittlichere Auffassung, wo die größere Rücksichtsnahme auf nachbarliche Verhältnisse?

Die Beschränkungen des Eigenthums nach römischem Recht durch die Verpflichtung zur Aufnahme der aqua pluvia und zur Bestellung der cautio damni infecti erwähnt der Verf. selbst, führt aber in N. 3 S. 239 als eine interessante Anwendung des germanischen, im römischen Recht nicht anerkannten Nachbarrechts eine Bestimmung des mecklenburgischen Assecurationsreverses von 1621 §. 32 an, worin gestattet wird, „auf unstreitigem Grund und Boden, da einer dem andern an Wasser und Wind keinen Schaden zufügt, unbehindert Mühlen zu haben.“ Nun würde aber auch nach römischem Recht der obere Müller den unteren wegen Stauung des Wassers belangen können und die l. 14 §. 1 C. de servitut. et aqua verbietet ausdrücklich das Verbauen des Windes.

Weit wichtiger aber, als diese Beschränkungen, ist die genaue Ausbildung der Servitutenlehre. Dirksen selbst macht auf die Bestimmung der Servituten, das strenge Recht mit den Forderungen der Billigkeit auszusöhnen, aufmerksam. Vor Allem aber ist der allgemeine Satz hier zu berücksichtigen, der ein civiliter uti der Servituten vorschreibt.

2) Die obrigkeitlichen Rechte des Grundeigenthümers. Der Verf. bemerkt hierüber Folgendes: Der römische paterfamilias ist absoluter Herr seines Hauses und Grundeigenthums, und daher befugt, jedem Dritten das Betreten desselben zu verbieten, aber er hat nicht richterliche und obrigkeitliche Befugnisse ihnen gegenüber. Aus der im germanischen Recht anerkannten Pflicht jedes Menschen, das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken und aus dem Grundsatz, daß diese allgemeine Pflicht allemal da zur besonderen Verpflichtung wird, wo besondere Verhältnisse in einem con-

creten Falle eine bestimmte Person als die zunächst dazu berufene erscheinen lassen, folgt, daß jeder in dem Kreise seiner ausschließlichen Herrschaft die höhere Rechtsordnung zu realisiren den nächsten Beruf hat. Daher ist der Eigenthümer die natürliche Obrigkeit in seinem Hause und auf seinem Grundeigenthum, er hat den Frieden zu wahren und über Zucht und Sitte zu wachen. Den Eintritt in sein Haus, wenn er aus sittlichen Gründen erfolgt, kann er nicht wehren, aber er sorgt dafür, daß der Aufenthalt nicht mißbraucht wird. Auf die im Haus befindlichen Personen erstreckt sich der Friede und diese müssen sich dem Rechte des Hausherrn, den Frieden zu wahren, unterwerfen. Diese obrigkeitliche Gewalt ist verschieden nach den Verhältnissen, sie äußert sich im Pfändungsrecht, in dem Hausrecht und in den gutsherrlichen Rechten. — Von der Abschließung Dritter vom Betreten des Grundeigenthums ist schon im vorigen Paragraphen gesprochen worden. Daß das s. g. Hausrecht nicht aus dem Eigenthum abzuleiten ist, ergibt sich aus dem von dem Verf. selbst als „charakteristische Folge" angeführten Verhältniß des Dienstherrn zum Gesinde. Ist dieß etwa nicht vorhanden, wenn der Herr zur Miethe wohnt oder fortwährend bei Freunden sich besuchsweise aufhält oder auf Reisen ist, ohne eine eigene Wohnung zu haben [5])? Die s. g. gutsherrlichen Rechte können allerdings ein Ausfluß des Eigenthums sein,

5) Der von dem Verf. (S. 242 N. 4) angeführten „Bestimmung des lübischen Rechts (III, 8, 2), wonach der Vermiether den Miethcontract ohne Kündigung aufheben und den Miether aus dem Hause weisen darf (der Verf. läßt aus: „mit des Gerichts Erlaubniß"), wenn dieser „„unzüchtig und unredlich Hauß hielte oder unzüchtige und unredliche Leute hegete"" — kann man die Bestimmung der Nov. 14 entgegenstellen, welche nicht nur die Erlaubniß gibt, den Vermiether, der ein unzüchtiges Gewerbe treibt, auszuweisen, sondern sogar bei schwerer Strafe die Ausweisung vorschreibt.

soweit sie sich nämlich auf den an Andere ausgethanen, dem Gutsherrn eigenthümlich gehörenden Grund und Boden beziehen, zum großen Theil sind sie aber Rechte, welche aus verschiedenen Gründen einer Person andern auf ihrem Gute wohnenden Personen gegenüber zustanden, und welche allmälig mit dem Recht an dem Grund und Boden selbst in der Art verbunden gedacht wurden, daß man sie nicht dem ursprünglichen Erwerber und dessen Universalsuccessoren, sondern auch dem als Singularsuccessor das Gut Erwerbenden zuschrieb. Dadurch wird aber der Begriff des Eigenthums (oder des dauernden dinglichen Rechts) nicht verändert, sondern er besteht neben diesen Rechten fort, und wenn man beide in einen Begriff zusammenfassen will, so kann dieser entschieden nicht der Eigenthumsbegriff sein. Das Nebeneinander dieser Rechte ergibt sich mit Evidenz daraus, daß die gutsherrlichen Rechte sich sehr häufig auch auf solche Personen beziehen, welche nicht auf dem dem Gutsherrn gehörenden Grund und Boden wohnen, und daß ein Unterschied zwischen diesen und den Rechten, welche in Betreff der auf seinem Grund und Boden wohnenden Personen dem Gutsherrn zustehen (abgesehen von den wirklich aus dem Eigenthum fließenden Rechten) nicht existirt; dieß gilt z. B. von der Patrimonialgerichtsbarkeit und ebenso meistens von den von dem Verf. erwähnten Pflichten (Versorgung der Armen, Sorge für den Schulunterricht), wo diese anerkannt sind [6]. — Historisch falsch ist es, wenn der Verf. den Satz, daß nur der an seinem Recht Vollkommene fähig sei, Grundbesitz zu erwerben, und die Bevorzugung des Mannsstamms bei der Succession aus diesen obrigkeitlichen Rechten des Grundeigenthümers, welche zugleich den Cha-

6) Der Verf. hat hier, wie auch an anderen Orten, immer zu sehr nur eine Art der bäuerlichen Verhältnisse, und zwar namentlich die in Mecklenburg ausgebildete, vor Augen gehabt.

rakter der Pflicht trügen, ableiten will. Ebenso ist es für die älteren Zeiten falsch, wenn behauptet wird, daß „das Stimmrecht in der Gemeinde, die Landstandschaft und Reichsstandschaft auf den Häusern, Rittergütern und Territorien ruhend aufgefaßt werde.“

§. 27.
Gemeinschaftliches Eigenthum. Juristische Person.

Nach römischem Recht, deducirt der Verf., werde in dem Fall, daß dieselbe Sache mehreren Personen gemeinschaftlich gehöre, das Eigenthum an der gemeinschaftlichen Sache nach ideellen Theilen getheilt gedacht. Das Recht des Einzelnen coexistire neben den Rechten der andern Miteigenthümer ohne Beschränkung, jeder könne daher beliebig über seinen Antheil disponiren, eine Beschlußnahme und Verfügung über die ganze Sache setze die Einstimmigkeit der sämmtlichen Miteigenthümer voraus, und jeder Einzelne könne auf Theilung klagen. Nach germanischem Recht müsse zwar auch oder könne wenigstens das Eigenthum einer gemeinschaftlichen Sache nach Theilen gedacht werden, der einzelne Miteigenthümer sei aber nicht der absolute Herr seines ideellen Antheils, so daß er über denselben beliebig und ohne Rücksicht auf das Interesse der übrigen Miteigenthümer verfügen könne, sondern wie der alleinige Eigenthümer durch die Rechte der Erben und Nachbarn, so sei er durch das Verhältniß beschränkt, in welchem er zu den übrigen Miteigenthümern stehe. Dieses Verhältniß könne nach Entstehungsgrund und Zweck der Gemeinschaft ein sehr verschiedenes sein, und deßhalb seien keine abstracten Regeln über alle Gemeinschaftsverhältnisse aufgestellt, sondern die Natur des concreten Verhältnisses über Umfang und Inhalt der an der gemeinschaftlichen Sache zustehenden Rechte, und zwar

sowol was die Frage nach der Befugniß, Theilung zu verlangen, nach der Uebertragbarkeit des Antheils, der Vererbung desselben betreffe, als auch hinsichtlich der Betheiligung oder Nichtbetheiligung des Einzelnen an der Verwaltung und der Art und Weise dieser Betheiligung. Die Bezeichnung dieser verschiedenen Arten gemeinschaftlichen Eigenthums als Gesammteigenthum wird insofern gebilligt, als dadurch ausgedrückt werde, daß diese Gemeinschaftsverhältnisse nicht als communio zu behandeln seien, jedoch als nicht erschöpfend, der Natur verschiedener Gemeinschaftsverhältnisse nicht entsprechend und schließlich als Versuch bezeichnet, „von römischrechtlichen Voraussetzungen aus deutschrechtliche Verhältnisse zu begreifen."

Die Art und Weise, wie der Verf. die vorliegende Frage behandelt, muß Wunder nehmen. Nach seiner Darstellung müßte man annehmen, daß das römische Recht nur e i n e Form des g e m e i n s c h a f t l i c h e n H a b e n s einer Sache das condominium kenne, während im germanischen Recht eine Vielheit dieser Rechtsbildungen vorliege. Der Grund liegt, wie so häufig in den Ausführungen des Verfs., darin, daß er dem juristischen Ausdruck Miteigenthum den nichtjuristischen Ausdruck Gemeinschaft (nicht communio) entgegenstellt.

Wenn irgend ein Vorwurf ungegründet ist, so ist es der, daß das römische Recht den gemeinsamen Interessen der in einem Gemeinschaftsverhältniß stehenden jeden Schutz versagt und dem einzelnen Genossen möglich gemacht habe, den Zweck der Gemeinschaft zu vereiteln. Durch die Anerkennung der juristischen Person hat das Recht ja gerade der Gemeinschaft den prägnantesten Ausdruck gegeben, indem es diese selbst zum Rechtssubject erhob. Was angegriffen werden könnte und vielfach angegriffen worden ist, und wogegen man auch die Angriffe gerade des Verfs. erwarten

durfte, ist die Schärfe der Fassung des Begriffs der juristischen Persönlichkeit im Gegensatz zu den Bildungen des germanischen Rechts, und es erscheint daher angemessen, diesen behaupteten Gegensatz vorerst ins Auge zu fassen.

Das römische Recht sieht im Allgemeinen die Rechtsgegemeinschaft als eine Zufälligkeit an. Die Einzelnen sind, mag die Gemeinschaft durch Vertrag unter ihnen oder durch äußere Umstände erfolgt sein, die einzig berechtigten und verpflichteten Subjecte. Es erkennt aber auch manche Rechtsgemeinschaften als rechtliche an, und zwar in der Art, daß es die Gemeinschaft selbst als Vermögenssubject betrachtet. Die als Rechtssubjecte anerkannten Gemeinschaften werden aber dadurch nicht etwas durchaus Neues, sie bilden nicht eine zusammengehörende Classe, sondern sie haben nur eine gemeinsame Eigenschaft. Diese Eigenschaft bezieht sich zunächst auf ihre Stellung nach außen und hat secundär eine formelle Einwirkung nach innen, durch welche jedoch die freie Entwickelung der einzelnen Gemeinschaften ihrem concreten Charakter nach nicht beschränkt, sondern erleichtert, resp. bedingt wird.

Ueber vermögensfähige Gemeinschaften überhaupt hat daher das römische Recht auch lediglich den einen Rechtssatz formulirt, daß sie eben vermögensfähig sind (dieser lautet in einer anderen Fassung, daß das Vermögen der Einzelnen von dem der Gesammtheit verschieden ist), mit der selbstverständlichen Consequenz, daß die Gemeinschaft ihre Vermögensrechte vor Gericht selbstständig vertritt. Die Gemeinschaften selbst sind aber ihrem Zwecke nach unter sich wesentlich verschieden nud haben sich dieser Verschiedenheit gemäß auch verschieden ausgebildet. Betrachten wir nun die hauptsächlichsten Arten derselben mit Beziehung auf ihre gemeinsame Eigenschaft.

Bei den Municipien mag sich der Begriff der von der Vermögensfähigkeit der einzelnen Municipes gesonderten Vermögensfähigkeit der Gemeinschaft zuerst scharf ausgebildet haben. Hier erscheint dieselbe als nothwendige Rechtsbildung. Das Municipium hat, abgesehen von seinem Vermögen, schon eine Persönlichkeit, d. h. eine Gesammtwillensfähigkeit, welche als solche im Staat anerkannt ist. Eine Thätigkeit des Municipiums auf publicistischem Gebiet erscheint nicht als eine Thätigkeit der einzelnen zufälligen Glieder. Der Abgang bisheriger, der Zutritt neuer Municipes hat auf die Stellung des Municipiums keinen Einfluß. Es existirt eine geordnete Verfassung, welche durch Autonomie, Observanz, Gesetz entstanden ist, und gemäß dieser wird der Wille der Gesammtheit bethätigt. Existirt ein Vermögen, welches zum Nutzen aller in der Gesammtheit Befindlichen als solcher oder zu Gemeinschaftszwecken verwendet werden soll, so mußte es als gleichsam selbstverständlich erscheinen, die schon als solche aufgefaßte publicistische Person auch als Subject dieses Vermögens zu denken [1]). Die Vermögensfähigkeit influirt vielleicht in der Art, daß besondere Magistrate zur Verwaltung des Vermögens geschaffen werden, auf die sonstige Ausbildung der Verfassung selbst, auf die freie Bewegung innerhalb derselben kann sie eine Einwirkung nicht ausüben. Daß die römischen Municipien durch Einflüsse der Staatsgewalt in ihrer selbstständigen Entwickelung gehemmt, daß sie in Betreff ihres Vermögens unter eine Staatscontrole gestellt wurden, ist nicht eine Folge ihrer Vermögensfähigkeit, sondern ihrer öffentlich rechtlichen Stellung. —

Wie in allen ursprünglichen Zuständen Vereinigungen

---

1) In normalen Zuständen mag wol überall die publicistische Persönlichkeit einer Gemeinde auch wirklich der Zeit nach früher zum Bewußtsein kommen, als die privatrechtliche.

von Personen, welche durch gleichartige Beschäftigung, nahes Zusammenwohnen u. s. w., sich als zusammengehörig betrachten, in Menge hervortreten, so kommen auch in Rom schon sehr früh derartige Vereine der verschiedensten Art vor. Den sittlichen Mittelpunct ihrer Verbindung finden sie in gemeinschaftlicher Gottesverehrung. Diese Vereinigungen sind ihrem Wesen nach nicht auf die Dauer des Lebens der einzelnen Glieder beschränkt, diese erscheinen nur als zufällige. Weder der Eintritt eines neuen, noch der durch Tod veranlaßte, oder der freiwillige Austritt eines alten Gliedes afficirt die Vereinigung, welche, unberührt vom Personenwechsel, fortbesteht. — Die Vereinigung bedarf einer Organisation, und sie gibt sich dieselbe. Das Recht aber erkennt, was die Gemeinschaft festgesetzt hat, mit dem natürlichen Vorbehalt der Nichtwiderrechtlichkeit der Bestimmungen als bindend an [2]). Die Vereinigung kann sich also frei organisiren und entwickeln. Um ihre Zwecke zu erreichen, bedarf sie Vermögen. Sie erwirbt Opferwerkzeuge, einen Opferplatz, ein Versammlungshaus, sie sammelt anderweites Vermögen, um davon ihre Vereinsausgaben zu bestreiten. Wenn es sich um juristische Fixirung des Rechtsverhältnisses, in welchem der Verein zu diesem Vermögen steht, handelt, so bleibt Miteigenthum ausgeschlossen: aus dem äußerlichen Grunde, weil der Austretende sein Recht daran aufgibt und der Neueintretende es unmittelbar erwirbt, und aus dem inneren Grunde, daß die Einzelnen wegen des besonderen Zwecks, zu welchem es verwendet wird, es gar nicht als zu ihrem Vermögen gehörig betrachten. Der Verein besteht als organisirter, als willensfähiger — der Schritt ist nicht schwer, ihn selbst als solchen als Vertreter dieses Vermögens nach außen hin und den ein-

2) Schon die XII Tafeln haben die Autonomie der Collegien ausdrücklich anerkannt; l. 4 de collegiis.

zelnen Mitgliedern gegenüber, mithin als Subject desselben zu betrachten. Ob hierbei der schon in Betreff der Municipien formulirte Rechtssatz mitgewirkt hat oder nicht, ist gleichgültig, keinesfalls hat, wenn eine solche Mitwirkung statt fand, diese Adoptirung des Rechtssatzes eine über den Rechtssatz selbst hinausgehende Bedeutung; das innere Verhältniß der Municipien hatte keinen Einfluß auf das der Collegien. Jedes derselben entwickelt sich durch seine staatlich anerkannte Autonomie frei seinem Zweck gemäß und wird hierin durch seine Vermögensrechtssubjectivität unterstützt — eine Beschränkung durch die letztere ist undenkbar.

Ganz dasselbe gilt von den später mit größerer Willkürlichkeit und mit frei gewähltem Zweck sich bildenden Vereinen (sodalicia).

Dasselbe gilt aber auch von denjenigen mit Vermögensrechtssubjectivität versehenen Vereinigungen, bei welchen das gemeinschaftliche Vermögen nicht nur Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke war, sondern der gemeinsame Erwerb durch gemeinschaftliches Vermögen den Zweck der Vereinigung bildete.

Die Größe des Kapitals und die gemeinsame, in einer Richtung verwandte Thätigkeit mehrerer Personen lassen im Handels- und Gewerbsleben einen größeren Erfolg erwarten. Es bilden sich deßwegen überall derartige Vereinigungen. Ist die Unternehmung nicht von langer Dauer und überwiegt namentlich die Rücksicht auf die besonders qualificirte Thätigkeit der einzelnen nicht in großer Anzahl vorhandenen Glieder, so wird man sich mit der factischen Gemeinschaft genügen lassen. Man schließt eine Societät, in welcher man die gemeinsame Thätigkeit vertragsweise regelt, die Arbeit im Innern theilt, über Vertheilung von Gewinn und Verlust übereinkömmt — nach außen aber und den einzelnen Mitgliedern gegenüber nicht als ein Ganzes, sondern als so viele Rechts-

subjecte erscheint, als Mitglieder vorhanden sind. Diesen Principien entsprechend sind die Sätze des römischen Rechts über societas meisterhaft entwickelt. — Ist das Unternehmen aber von langer Dauer oder verspricht es nur durch längere Ausbeutung Gewinn, erfordert es sehr große Capitalien, wird daher auch die Anzahl der Zusammentretenden eine größere und kommen diese weniger ihrer Thätigkeit als ihres Capitals wegen in Betracht — so erscheint die Form der reinen Societät nicht zweckentsprechend. Es gilt, die Gesellschaft ihres ganz persönlichen Charakters zu entkleiden, sie von der Person der Mitglieder unabhängig zu machen, ihr nach außen und den Mitgliedern gegenüber eine leichtere Vertretung zu verschaffen. Dieß Alles wird statt durch einzelne, die Gesellschaft als solche modificirende Rechtssätze von zweifelhaftem Werth, dadurch auf die einfachste Weise erreicht, daß man der Gesellschaft als solcher Rechtssubjectivität gibt. Betrachten wir nun, welchen Einfluß diese Eigenschaft auf das Wesen der Gesellschaft ausübt. Materiell nur denjenigen, daß dem erwähnten Bedürfniß abgeholfen wird.

Die Gesellschaft kann nach wie vor ihre Thätigkeit regeln. Vertragsmäßig wird bei der reinen societas bestimmt, wie viel der Einzelne zuschießen, wieviel er vom Gewinn erhalten soll, wer die Leitung des Betriebs übernehmen soll, ob ein Institor, ein einzelner Socius, mehrere oder die Gesammtheit, ob nur zu manchen Geschäften, z. B. Veräußerung von Immobilien, eine Concurrenz mehrerer oder aller Socii nothwendig ist, ob ein controlirender Ausschuß bestehen soll u. s. w. Vertragsmäßig (statutarisch) kann dieß Alles auch dann bestimmt werden, wenn die Gesellschaft Rechtssubjectivität erhält [3]). Die rechtliche Stellung der Gesellschafter zum Ge-

3) S. o. S. 345 N. 2.

sammtvermögen wird allerdings geändert: Sachen, welche im Miteigenthum derselben standen, stehen jetzt im Eigenthum der Gesellschaft, die gemeinsamen Activ- und Passivforderungen stehen der Gesellschaft zu, nicht den Einzelnen. Die Rechte und Verpflichtungen der Einzelnen erlöschen aber nur formell, materiell bleiben sie bestehen, indem sie nur eine andere Form annehmen. Das Eigenthum an ideellen Theilen der Sachen der Gesellschafter wird zu einem obligatorischen Anspruch auf dieselben ideellen Antheile der im Eigenthum der Gesellschaft stehenden Sachen. Die Disposition über die Substanz hängt aber ebenso viel oder ebenso wenig von dem Willen des einzelnen Gesellschafters ab, als vorher, es ist also materiell genau dieselbe Summe von Befugnissen vorhanden wie vorher. Die Forderungen gegen Dritte, welche bei der reinen societas dem einzelnen Socius theilweise zustanden, hat er allerdings verloren; er selbst war aber, wenn die Forderungen dem Gesellschaftsfonds angehörten, verpflichtet, den Betrag derselben in die Gesellschaftscasse abzugeben und nur soweit derselbe Gewinn enthielt, konnte er ihn vielleicht behalten; materiell hatte er also nicht mehr Rechte, als nachdem der Gesellschaft Vermögensrechte zugestanden waren. Forderungen gegen die Mitgesellschafter verliert der Gesellschafter ebenfalls, aber er braucht dieselben nicht, da sie, soweit sie auf Einschuß gerichtet sind, von der Gesellschaft als solcher ausgeübt werden und der Einzelne die Ausübung dieser Rechte von der Gesellschaft selbst klagweise fordern kann. Die Klage auf Gewinn aber hat er gegen die Gesellschaft selbst erworben. Die Forderungen Dritter gehen nicht mehr gegen die einzelnen Gesellschafter, sondern gegen die Gesellschaft selbst; übersteigen aber diese Forderungen den thatsächlich vorhandenen Gesellschaftsfonds, so werden die Gesellschafter zu Leistungen an die Gesellschaft verpflichtet. Diese Obligation kann die Gesellschaft

an ihre Gläubiger cediren, resp. sie kann von letzteren dazu gezwungen werden. So bleibt also materiell auch das Recht des Gläubigers unbeschränkt und er ist nur an eine gewisse Ordnung in Betreff der Execution gebunden[4]). Es ist hierbei eine unbedingte Haftung der einzelnen Glieder der Gesellschaft gegenüber angenommen worden. Wir sind durch unsere Actiengesellschaften nur an eine limitirte Haftung gewöhnt, diese geht aber aus dem Wesen der mit Vermögensfähigkeit versehenen Gesellschaft an sich keineswegs hervor, und wir finden sie in den römischen Quellen nicht erwähnt. Bei den s. g. öffentlichen Gesellschaften der Publicanen, bei welchen wir die Vermögensfähigkeit besonders erwähnt finden, ist auch die Limitirung der Haftung kaum denkbar, denn es ist nicht wol anzunehmen, daß der Staat, der als Hauptcontrahent dieser Gesellschaften durch eine solche Limitirung der Haftung den Hauptschaden gelitten hätte, dieselbe zugestanden haben werde[5]).

Wie aber die Gesellschaft durch die erhaltene Vermögensfähigkeit in ihrer Wesenheit materiell nicht beeinträchtigt wurde und ihre freie Entwickelungsfähigkeit nicht verlor, so gewährte auf der anderen Seite diese hinzukommende Eigenschaft der Gesellschaft die Möglichkeit der besseren Erreichung ihres besonderen Zwecks. Durch die Vermögensfähigkeit hatte die Gesellschaft eine leichtere Vertretung nach außen gewonnen und auch die Obligationen der Socii konnten leichter realisirt werden; die Dauer der Gemeinschaft war von der Willkür des einzelnen Gesellschafters unabhängig gestellt. Daß bei den

4) L. 8. quod cujuscunque universitatis.

5) Es ist hierbei einerlei, ob man annimmt, daß die Vermögensfähigkeit der einzelnen Gesellschaft durch besonderen Act verliehen worden sei, oder ihr kraft eines Rechtssatzes zugestanden habe. Ebenso wenig, wie eine specielle Verleihung der Vermögensfähigkeit mit dieser dem Fiscus nachtheiligen Consequenz ist die Zulassung der Entstehung eines Rechtssatzes mit der gleichen Consequenz denkbar.

Römern nur von dem Eintritt des Erben eines Gesellschafters gesprochen wird, nicht aber von dem Austritt eines Gesellschafters und dem Hinzutritt eines neuen, erklärt sich nicht aus dem Wesen der vermögensfähigen Gesellschaft. Es liegt darin nur ein Zeugniß von der zufällig mangelhaften Entwickelung dieser Gesellschaften, die sich aus der Haftung der Einzelnen mit ihrem Gesammtvermögen und aus ihrer Stellung zum Fiscus erklärt. Bei den collegia funeraria konnten neue Mitglieder aufgenommen werden und ein Mitglied konnte über seine Stelle (locus) testiren [6]).

Bisher ist ein Punct ganz übergangen worden, der über die Schicksale des Vermögens einer vermögensfähigen Gemeinschaft bei ihrem Erlöschen. Da das gesammte Erbrecht, das testamentarische [7]) sowol als das Intestaterbrecht, auf der Familie beruht, so kann von einer Beerbung nicht die Rede sein. Hört also die Gemeinschaft auf zu sein oder, was wohl davon zu unterscheiden ist, verliert sie ihre Vermögensfähigkeit, so bleibt gar nichts anderes übrig, als ihr Vermögen für bonum vacans zu erklären. Hierin hat man hauptsächlich die Starrheit der römischen Rechtsbildung finden wollen. Dem Wesen vieler Gemeinschaften, führte man an, entspreche ein solches Schicksal des Vermögens nicht, es sei vielmehr angemessener, das Vermögen den einzelnen Gliedern der aufgelösten Gemeinschaft zuzusprechen. Aus diesem Grunde ist man dazu gekommen, entweder den Satz als unrichtig anzugreifen [8]), oder man hat die Schwierigkeit dadurch zu umgehen gesucht, daß ja die Gemeinschaft vor ihrer Auflösung das Recht habe, über ihr Vermögen zu disponiren, oder man sprach denjeni-

---

6) Lex collegii Aesculapii et Hygiae bei Mommsen, de collegiis et sodaliciis p. 92.

7) S. u. §. 35.

8) Marezoll in Löhr's Magazin. Bd. IV. Nr. XI. Abh. 7.

gen Gemeinschaften, bei welchen dieser Satz nicht Anerkennung leiden könne, die juristische Persönlichkeit ab [9]), oder man nahm für diese eine Modification der römischrechtlichen juristischen Person an [10]). Die erste Meinung ist juristisch nicht zu begründen; durch die Fähigkeit, zu disponiren, sind auch keineswegs die Schwierigkeiten gehoben, denn abgesehen davon, daß die Dispositionsbefugniß oft materiell beschränkt ist und eine Verfügung von Todes wegen formell schwierig sein dürfte, ist die Unbilligkeit auch durch die unbeschränkteste Dispositionsbefugniß an sich keineswegs gehoben; die beiden letzteren Ansichten erscheinen aber ebenfalls als unhaltbar. Das Verhältniß scheint sich mir vielmehr in Wahrheit folgendermaßen zu gestalten.

Es gibt Gemeinschaften, in welchen den einzelnen Gliedern Rechte an dem Vermögen der Gemeinschaft nicht zustehen. Dieß ist jedoch keineswegs eine Consequenz aus dem Princip der Vermögensfähigkeit der Gemeinschaft als solcher, sondern lediglich aus dem Zweck, den die Gemeinschaft im Allgemeinen oder speciell in Bezug auf eine bestimmte Vermögensmasse verfolgt. Ebenso gut, wie jeder Dritte, kann aber auch ein Glied der Gemeinschaft Rechte an dem Vermögen derselben erwerben, es ist aber auch sogar möglich, daß nicht das einzelne Glied kraft besonderer Erwerbung diese Rechte hat, sondern daß alle Glieder sie *als solche* haben. Dieß kann bei Collegien autonomisch festgesetzt sein oder auf Observanz beruhen, und in derselben Weise können bei Municipien in Betreff eines Theils ihres Vermögens solche Rechte begründet sein, bei anderen Gemeinschaften kann es sogar aus deren besonderem Wesen hervorgehen. Diese Rechte sind ein-

9) S. namentlich *Thöl*, Volksrecht, Juristenrecht u. s. w. (Kritik von *Beseler's* in N. 10 angeführtem Buch) S. 51.

10) *Beseler*, Volksrecht und Juristenrecht. S. 158 ff.

mal solche, welche den durch das Vermögen der Gemeinschaft zu erzielenden Nutzen der einzelnen Glieder zum Gegenstand haben. Dieser Zweck kann dadurch erreicht werden, daß den Einzelnen dingliche Rechte an den Sachen der Gemeinschaft zugeschrieben werden, oder daß sie Forderungsrechte auf die Revenüen des Vermögens haben. Der Umfang und die Modalität dieses Nutzens kann verschieden sein. Die Rechte können entweder nur unter gewissen Voraussetzungen oder absolut begründet sein, sie können quantitativ oder quotitativ bestimmt sein, sie können den gesammten Nutzen des Gemeinvermögens erschöpfen oder nicht. Ferner können aber auch Rechte auf die Substanz des Gemeinvermögens begründet sein, welche bei Aufhören der Gemeinschaft oder bei Erlöschen ihrer Vermögensfähigkeit realisirt werden sollen. Daß derartige Rechte überhaupt möglich sind, kann nicht bezweifelt werden. Das Recht des mortis causa Beschenkten, des substituirten Fideicommissars, der Ehefrau, resp. ihres Vaters, auf die Dos, des Schuldners bei der Fiducia [11]) sind dergleichen Rechte, welche auch in anderen Fällen vertragsmäßig festgestellt werden können [12]). Daß aber Forderungsrechte auch nach römischem Recht durch einen Zustand begründet werden können, ist unzweifelhaft [13]).

Löst sich nun die Gemeinschaft, in welcher einzelnen Gliedern derartige Rechte zustehen, auf oder verliert sie die Vermögensfähigkeit, so wird das Vermögen zwar bonum vacans; da dasselbe aber nur cum onere auf den Fiscus übergehen

---

11) Auch das Erbrecht der armen Wittwe, das Recht des Adoptirten auf die Quart, ja sogar das Recht des Erben auf den Pflichttheil haben materiell denselben Inhalt.

12) Z. B. durch den Erbvertrag in seiner neueren Form, in welcher er ein dingliches Moment nicht mehr enthält.

13) S. auch o. S. 110.

kann, so treten, wenn dieser es an sich nimmt, die Gläubiger der Gemeinschaft gegen ihn auf und unter diesen auch die bei der Auflösung der Gemeinschaft vorhandenen Glieder der Gemeinschaft. Daher hat der Fiscus, je nach dem Umfang ihrer Rechte, das gesammte Vermögen oder den Theil desselben, in Bezug auf welchen sie berechtigt sind, herauszugeben. Erschöpfen nun die Ansprüche der Glieder das gesammte Vermögen nach Abzug der Forderungen der übrigen Gläubiger völlig entweder zufällig [14]) oder ihrem Wesen nach, lucrirt er also nichts, so wird er auch das bonum vacans nicht in Besitz nehmen, sondern überläßt es den Gläubigern, welche in einer eingeleiteten Liquidation ihre Rechte realisiren. Das ganze Verfahren von dem Aufhören der Gemeinschaft an kann unter öffentlicher Autorität stattfinden und wird dann als missio in bona erscheinen, oder es ist schon vorher statutarisch festgestellt, in welchem Fall es als cessio bonorum anzusehen ist. Auch da, wo das Vermögen durch die Forderungen der Einzelnen nicht erschöpft wird, kann die Einleitung eines solchen Liquidationsverfahrens gedacht werden, nach dessen Endigung der Fiscus das Uebrigbleibende erhält. Wie man aber auch das Verfahren sich denken mag, materiell stellt sich sein Resultat als Theilung des Gemeinvermögens, resp. eines Theils desselben unter die Glieder der Gemeinschaft heraus.

Die eventuellen Rechte der Glieder auf das Gemeinvermögen können durch ausdrückliche statutarische Bestimmung (lex) anerkannt sein, sie können aber auch aus dem Wesen der Gemeinschaft selbst erkannt werden. Es bedarf also für den einzeinen Fall einer Untersuchung dieses Wesens. Wo der Zweck der Gemeinschaft nicht auf den Vortheil der einzelnen Glieder gerichtet ist, sondern unabhängig von diesem verfolgt wird,

14) S. u. das Beispiel der Auflösung eines collegium funerarium.

ist (abgesehen von einer ausdrücklichen lex) eine Berechtigung der einzelnen Glieder als solcher nicht denkbar. In diesem Fall wird auch eine Auflösung der Gemeinschaft oder ein Aufhören ihrer Vermögensfähigkeit ganz außerhalb der Erwartung der Einzelnen liegen, welche die ewige Dauer der Gemeinschaft voraussetzen. Dasselbe gilt auch für den Fall, wenn zwar das Vermögen zum Vortheil der einzelnen Glieder verwendet wird, aus der Art und Weise der Verwendung aber ein über den Vortheil der Einzelnen hinaus liegender Zweck als vorhanden erkannt wird. Dieser Fall tritt namentlich dann ein, wenn die Gemeinschaft auch unabhängig von ihrer Vermögensfähigkeit als eine dauernde und ihr Zweck selbst als ein von dem Vortheile der Einzelnen verschiedener erscheint. Wo hingegen der Zweck der Gemeinschaft lediglich in der Beförderung des Vortheils der Einzelnen besteht und das Vermögen daher denselben Zweck hat, wo also die Gemeinschaft ihrem Wesen nach als vermögensfähige und dadurch perpetuirte Gesellschaft erscheint, sind die eventuellen Rechte an dem Gemeinvermögen immer vorhanden. Erkennbar ist aber diese Eigenschaft der Gemeinschaft und des Vermögens namentlich dadurch, und darin liegt gerade ihre Unterscheidung von der vorher erwähnten Art, daß nicht ein außerhalb der Gemeinschaft liegendes Moment die Mitgliedschaft bestimmt oder bei der Schaffung derselben concurrirt, und daß die Gemeinschaft während ihres Bestehens (soweit einzelne Glieder nicht erworbene Rechte daran haben) eine völlig freie Disposition über ihr Vermögen hat. Was vom Gemeinvermögen überhaupt gesagt ist, gilt auch für einzelne abgesonderte und mit Einzelzwecken versehene Theile desselben.

Leider ist es bei den geringen Nachrichten, welche wir über die Rechtsverhältnisse der Gemeinschaften bei den Römern haben, nicht möglich, diese Sätze mit Quellenstel-

len genau zu belegen, doch ist dieß in einigen Beziehungen möglich.

Die l. 3 pr. de collegiis gehört, wie schon vielfach bemerkt worden ist, nicht hierher, weil sie gewiß mit Recht so aufgefaßt werden muß, daß einem collegium illicitum von Anfang an die Vermögensfähigkeit abgeht, also nur eine communio vorhanden ist. Es würde jedoch irrig sein, aus den Worten sed permittitur iis abzuleiten, daß, wenn ein rechtlich bestehendes, also vermögensfähiges Colleg aufgelöst wird, eine Theilung nicht stattfinde. Der in den Worten liegende Gegensatz muß vielmehr als gegen die mögliche Ansicht gerichtet aufgefaßt werden, daß das zusammengeschossene Vermögen zur Strafe der unerlaubten Handlung der Einzelnen gleichsam als corpus delicti confiscirt werden müsse. — Es finden sich aber Belege dafür, daß den einzelnen Gliedern als solchen während der Dauer der Gemeinschaft Rechte zugeschrieben werden. Dem socius vectigalium schreibt l. 59 pro socio ausdrücklich eine pars zu. Der gegen den Rechtssatz zweien (erlaubten) Collegien Angehörende soll, wenn er aus dem einen ausscheidet, accipere id, quod ei competit ex ratione quae communis fuit [15]). Die Mitglieder eines collegium funerarium [16]) hatten einen Anspruch, auf Kosten des Collegs begraben zu werden. Ein bestimmtes funeraticium wurde ihren Erben ausgezahlt. Ihr Recht (Actie) wurde als locus bezeichnet [17]). Wenn aber Forderungen der einzelnen Glieder der Gemeinschaft als solcher vorhanden sind während des Bestehens, resp. der Vermögensfähigkeit derselben, so ist es unmöglich, daß dieselben durch das Aufhören der Gemeinschaft

15) L. 1 §. 2 de collegiis.

16) Mommsen a. a. O. §. 14. Huschke in Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. B. 12 Nr. V.

17) S. o. S. 350 N. 6.

oder die Aufhebung der Vermögensfähigkeit verloren gehen [18]), sie müssen durch das vorhandene Vermögen realisirt werden, und es bleibt dazu kein anderer Weg als der oben angeführte. Daß derselbe aber auch wirklich eingeschlagen wurde, wird durch die von Maßmann edirten siebenbürgischen Wachstafeln [19]) bestätigt, in welchen von den Quästoren des collegium (funerarium) Jovis Cerneni die wegen Mangels an Fonds erfolgte Auflösung und Liquidation dieses Collegs angezeigt wird.

Mehr noch, als auf diese Stellen, möchte ich mich auf die innere Nothwendigkeit beziehen. Es erscheint geradezu undenkbar, daß die Publicanen, Bergwerksgesellschafter u. s. w. sich ihres jedenfalls bedeutenden Betriebscapitals in der Art entäußert haben sollten, daß es bei Auflösung der Gesellschaft an den Fiscus fallen sollte. Daß durch die Verleihung des corpus diese Gesellschaften nicht eine ganz andere Wesenheit annehmen, sondern nur mit einer neuen (ihnen vortheilhaften) Eigenschaft ausgestattet wurden, scheint mir namentlich aus der Beibehaltung des Namens societas und aus der Behandlung ihrer Verhältnisse und dem Titel pro socio hervorzugehen.

Allgemein wird anerkannt, daß auch das deutsche Recht einerseits die communio, andererseits die universitas kenne, allgemein wird aber für gewisse Bildungen des deutschen Rechts eine Mittelstellung behauptet „zwischen beiden Extremen."

18) Erkennt l. 1 §. 2 cit. ja sogar eine Realisirung des Rechts während bestehender Gemeinschaft an. Im Allgemeinen wird freilich ein Austreten aus der Gemeinschaft auch die Ansprüche an dieselbe aufheben, da dadurch die die Ansprüche begründende Eigenschaft der Mitgliedschaft aufgehoben ist.

19) Huschke a. a. O.

„Allgemein,“ sage ich, denn nicht nur die Ansichten derer, welche s. g. Genossenschaften mit Gesammteigenthum als besondere Rechtsbildungen aufstellen, gehören hierher, sondern auch diejenigen, welche gewisse deutschrechtliche Modificationen der communio und societas behaupten. Der Grund dieser Auffassung liegt einerseits in dem Verwechseln der Thatsache mit dem Recht, des materiellen Inhalts und Zwecks mit der formellen Erscheinung und dem Mittel den Zweck rechtlich zu realisiren, der theoretischen Anschauung der Interessenten mit ihrer practischen rechtlichen Absicht, der Formulirung eines Rechtssatzes mit dem Wesen desselben — andererseits beruht diese Auffassung auf einer ungenauen Erkenntniß des Wesens der universitas und der communio resp. societas; man legte der ersteren Eigenschaften (Dauer, Nothwendigkeit der Verfolgung eines von den Interessen der einzelnen Glieder verschiedenen Zwecks, Unmöglichkeit der Begründung von Rechten der einzelnen Glieder an dem Vermögen der universitas) bei, welche ihrer Natur fremd sind, man erklärte wesentliche Eigenschaften der zweiten (s. u.) für zufällige (positive), man ließ Rechte, welche allen eine universitas bildenden Gesammtheiten als solchen zustehen (Autonomie), außer Acht, dehnte dagegen Sätze, welche aus den besonderen Eigenschaften einzelner als universitates anerkannten Gesammtheiten hervorgehen (Staatscontrole, Abstimmungsmodus), auf alle universitates aus.

Faßt man jedoch den Begriff der universitas in der Reinheit, in welcher ihn Gajus in l. 1 §. 1 quod cujuscunque universit. aufgestellt, auf, und hält man daran fest, daß die communio nur als das zufällige, durch die Gleichheit des Objects hervorgebrachte Nebeneinandersein von Rechten einzelner Personen, die Societät aber als rein obligatorischer, nur unter den Gesellschaftern Wirkungen erzeugender Vertrag an-

erkannt wurde, so erkennt man in diesen Rechtsbildungen die nothwendige Consequenz der Anerkennung einerseits des rechtlichen Willens der Einzelnen, andererseits eines davon verschiedenen rechtlichen Willens der zu einer Gesammtheit verbundenen Personen. Da nun aber die Anerkennung eines rechtlichen Willens die Anerkennung eines anderen, auf denselben Gegenstand gerichteten rechtlichen Willens mit Nothwendigkeit ausschließt[20]), so können auch, soweit der Gesammtwille anerkannt ist, die Einzelwillen nicht anerkannt sein, und soweit diese anerkannt sind, ist der Gesammtwille ausgeschlossen. Hiernach ist also sowohl die Möglichkeit einer Rechtsbildung ausgeschlossen, wie die behauptete der specifisch germanischen Genossenschaften, deren charakteristisches Merkmal gerade in diesem Nebeneinandersein (Durchdrungensein, Durchwachsensein) des Willens der Gesammtheit und des Einzelnen bestehen soll, als auch die Möglichkeit der s. g. Modificationen der Grundsätze der communio resp. societas, und der ausschließliche Gegensatz der universitas und der communio resp. societas stellt sich nicht nur als ein specifisch römischer, sondern als ein allgemein nothwendiger dar.

Diese Ausschließlichkeit muß sich mithin auch im germanischen Recht zeigen, und es gilt, den einzelnen Rechtsbildungen ihren Platz in einer der beiden Kategorien anzuweisen.

Beginnen wir mit der Actiengesellschaft. Der Name und der Zweck läßt dieselbe als den Gesellschaften an-

20) Das römische condominium und das Verhältniß der coheredes spricht nicht hiergegen, denn der Wille des condominus und des coheres sind nicht auf die Beherrschung der ganzen gemeinschaftlichen Sache und die ganze Erbschaft gerichtet, sondern nur auf einen ideellen Theil, resp. sie sind nur in dieser Beschränkung rechtlich anerkannt.

gehörig erscheinen; die Irrigkeit dieser Annahme ergibt sich jedoch aus einer Vergleichung der leitenden Grundsätze beider Rechtsbildungen.

Nicht die limitirte Haftung der einzelnen Gesellschafter ist das die Actiengesellschaften von andern Gesellschaften unterscheidende Moment, denn es läßt sich auch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Gesellschafter denken [21]), ebenso wie umgekehrt eine unbedingte Haftung der Einzelnen mit der Anerkennung eines Gesammtwillens zusammentreffen kann [22]). Das charakteristische Moment liegt vielmehr einzig und allein in der begriffsmäßigen Anerkennung eines Gesammtwillens und folgeweise auch in der ausschließlichen Anerkennung derselben in Betreff aller Rechte und Verpflichtungen der Actiengesellschaft. Zwar kann auch bei der Gesellschaft ein gemeinsames Handeln vorkommen, aber dieses beruht immer nur auf dem zufällig übereinstimmenden Willen der Einzelnen, nur dieser wird rechtlich anerkannt.

Stellen Gesellschafter einen Institor an und contrahirt dieser mit Dritten, so ist diesen gegenüber die Existenz der Gesellschaft, d. i. des Gesellschaftsvertrags, völlig gleichgültig. Sie haben aus dem Vertrag mit dem Institor eine institorische

---

21) S. o. S. 349. Vergl. Jolly, das Recht der Actiengesellschaften in Zeitschr. für deutsches Recht. Bd. XI. S. 329. Auch der Einzelne kann eine solche limitirte Haftung in seinen Verträgen mit Dritten festsetzen. Das beneficium competentiae ist eine Art limitirter Haftung, ebenso die Haftung des Vaters oder Herrn bis zur Höhe des Peculiums.

22) Daß eine beschränkte Haftung der einzelnen Theilnehmer einer ausgedehnten Gesellschaft als zweckmäßig und der Billigkeit entsprechend erscheint (vergl. J. G. Büsch, theoretisch-practische Darstellung der Handlung. 2. Ausg. Th. I. S. 305), spricht nicht gegen die rechtliche Möglichkeit der Festsetzung einer unbeschränkten Haftung, sondern erklärt nur die Thatsache, daß regelmäßig die beschränkte Haftung festgestellt ist.

Klage gegen den Präponenten, Präponent aber ist jeder Gesellschafter, folglich geht die Klage gegen jeden Gesellschafter auf das Ganze. Beauftragen die Gesellschafter einen Procurator mit der Anstellung einer Klage gegen einen Dritten, so sind und bleiben die Gesellschafter Litisconsorten, der Procurator vertritt, da nomina ipso jure divisa, jeden zu seinem Theil, es können der Forderung daher auch verschiedene Einreden aus den einzelnen Personen der Gesellschafter entgegengestellt werden, namentlich auch aus einem von einem Gesellschafter abgeschlossenen pactum de non petendo, oder eine Compensationseinrede aus einer Sonderforderung gegen einen Gesellschafter. Der einzelne Gesellschafter kann ferner jeden Augenblick sein Mandat zurücknehmen, einen anderen Procurator aufstellen, eine besondere Klage für sich erheben. — Machen mehrere Gesellschafter unter einander aus, daß die gemeinsamen Angelegenheiten durch Majoritätsbeschluß geleitet werden sollen, und die Majorität stellt einen Institor an oder beauftragt den Institor mit dem Abschluß eines bestimmten Vertrags oder den Procurator mit der Anstellung einer Klage, so kann allerdings auch der in der Minorität befindliche Gesellschafter, wenn er sich nicht ausdrücklich dagegen erklärt, namentlich unter Berücksichtigung des abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags als später stillschweigend consentirend, d. h. präponirend und mandirend angesehen werden, die institorische Klage kann deßwegen gegen ihn angestellt werden, und zwar auf das Ganze, und das Urtheil ist für ihn bindend. Unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag kann aber von Dritten und ihnen gegenüber nichts abgeleitet werden, denn die Präposition und das Klagmandat hat rechtliche Wirkung nur, wenn und so lange der betreffende Wille existent ist, und erlischt mit Erlöschen dieses Willens. Erklärt ein Gesellschafter (und es ist gleichgültig, ob er der Majorität oder der Mino-

rität angehörte) daher dem dritten Contrahenten oder dem Proceßgegner gegenüber oder sonst in einer Weise, daß dieser es erfährt, daß er die Präposition oder den Abschluß des einen Geschäfts oder die Anstellung der Klage nicht billige, so geht gegen ihn die institorische Klage nicht und die Klage des Procurators kann nur auf die Raten der übrigen Gesellschafter angestellt werden. — Der Gesellschaftsvertrag hat nur die Wirkung, daß die Gesellschafter einander mit der actio pro socio belangen können, wenn durch die Nichtbefolgung der vertragsmäßig festgesetzten Bestimmungen Schaden entstanden ist, also auch, wenn der Einzelne sich dem Majoritätswillen nicht unterworfen und demgemäß seinen Willen Dritten gegenüber erklärt hatte, ferner wenn er die Eintreibung der Gesellschaftsforderung zu seinem Theil verhindert oder sie erlassen hatte. Aber auch bei der actio pro socio treten die Gesellschafter in derselben Weise, wie bei anderen Klagen, nur als Einzelne auf. Die Eigenthumsverhältnisse sind so construirt, daß die einzelnen Gesellschafter condomini sind; dieselben können daher nicht dingliche Rechte an diesen Sachen erwerben, noch können ihre besonderen Grundstücke mit Servituten zu Gunsten der gemeinschaftlichen Grundstücke belastet werden. — Diese Sätze tragen in keiner Weise einen zufälligen (positiven) Charakter an sich, sondern sind die nothwendigen Consequenzen der Anerkennung des Einzelwillens und der obligatorischen Natur des Gesellschaftsvertrags. Jede s. g. Modification derselben ist daher unmöglich ohne Abgehen von der principiellen Annahme dieses Einzelwillens [23]).

---

23) R. Schmid hat in einer Abhandlung „über die s. g. Genossenschaften" (Archiv f. civ. Praxis. Bd. 36 S. 147) versucht, auf indirectem Wege, und zwar vermöge der heutigen Veränderung der Sätze über Eingehung der Verträge durch Stellvertreter, eine Modification zu rechtfertigen. Dadurch nämlich, so argumentirt Schmid, daß ein

Diesen Sätzen stellen sich folgende, die Actiengesellschaften leitende Grundsätze gegenüber. Stellt eine Actiengesellschaft

---

Vertrag, der in Gemäßheit einer im Voraus ausgestellten Vollmacht abgeschlossen sei, nach heutigem Recht den Auftraggeber direct obligire, sei zwar in dem Verkehr der Gesellschafter mit Dritten durch Geschäftsführer nur eine Erleichterung beschafft worden, die Schwierigkeit aber, da die Uebereinstimmung Aller noch erfordert werde, keineswegs gehoben. Diese Schwierigkeit könne jedoch dadurch gehoben werden, daß „nach dem jetzigen Recht die Begründung einer societas ordinata möglich sei, d. h. einer Gesellschaft, bei welcher ein organischer Beschluß, sei es nun der Majorität der gegenwärtigen Mitglieder, sei es eines Directoriums, ganz dieselbe Wirkung habe, wie ein Beschluß, welcher auf dem Consens aller einzelnen Gesellschaftsmitglieder beruht. Indem nämlich eine Mehrheit von Personen einen Gesellschaftsvertrag eingehe, durch welchen ein verfassungsmäßiges Organ für den Willen der Gesellschaft geschaffen wird, thue sie nichts anderes, als daß sie im Voraus eine Vollmacht ertheile, durch welche diesem Gesellschaftsorgan innerhalb der verfassungsmäßigen Gränzen der Charakter eines Geschäftsführers ertheilt werde, so daß, da jeder einzelne Gesellschafter durch seinen Beitritt zu der so organisirten Gesellschaft auch diese Vollmacht anerkenne, jeder einzelne auch durch rechtliche Handlungen dieses Mandatars obligirt werde. — Dieß sei der einzig richtige Gesichtspunct, von dem aus wir die rechtlichen Verhältnisse der zahlreichen organisirten Gesellschaften, die bei uns vorzukommen pflegten, zu beurtheilen hätten." Aus dem, was oben über die Wirkung der Majoritätsbeschlüsse bei Societäten bemerkt wurde, ergibt sich die Unrichtigkeit dieses Räsonnements. Diese beruht nämlich keineswegs auf der Irrigkeit des Vordersatzes über die Wirkung des Abschlusses von Verträgen durch Stellvertreter, noch auf der unbedingten Unwirksamkeit eines derartigen Gesellschaftsvertrags, sondern darin, daß demselben eine Wirkung auf Dritte beigelegt wird. Wird das „Verfassungsorgan" als Mandatar der Gesellschafter betrachtet, so kann es nur so lange wirksam handeln, als nicht ein Gesellschafter seinen entgegenstehenden Willen erklärt. Durch die Gründung einer „societas ordinata" kann also auch der Verkehr nur insofern als erleichtert gedacht werden, als es nicht der speciellen Einholung des Consenses des Einzelnen bedarf, keineswegs ist aber dieser Consens bei allen verfassungsmäßigen Handlungen mit Nothwendigkeit vorhanden und kann gegen den Willen des Einzelnen mit voller Wirksamkeit gehandelt werden. Ebenso wenig wird aber auf diese Weise

einen Institor an, so contrahirt dieser so lange verbindlich, bis er durch das verfassungsmäßige Organ abgesetzt wird; die Erklärung einzelner Actionäre, daß sie den Institor nicht mehr anerkännten, der Widerspruch gegen einzelne Handlungen desselben ist völlig bedeutungslos. Dasselbe gilt von der Anstellung eines Actors. Klagt dieser aus einer Forderung, so können ihm keinerlei Einreden aus der Person der Actionäre entgegengestellt werden, namentlich schließen die letzteren nicht gültig einen Nachlaßvertrag ab. Sind den Statuten der Gesellschaft gemäß Majoritätsbeschlüsse gefaßt, so kann der in der Minorität Befindliche keinerlei Rechte aus seiner Consensverweigerung ableiten. Die einzelnen Actionäre haben als solche gegen einander keinerlei Klage. Der Institor der Actiengesellschaft contrahirt als solcher mit den einzelnen Actionären, der Actor derselben klagt als solcher gegen sie. Der einzelne Actionär kann an den Sachen der Actiengesellschaft dingliche Rechte erwerben und an seinen Grundstücken können Servituten zu Gunsten der Grundstücke der Actiengesellschaft bestellt werden.

Alle diese Grundsätze können schlechterdings nicht als Modificationen der Grundsätze über societas und communio betrachtet werden, da sie diesen diametral entgegenstehen. Mit derselben Evidenz, wie jene als Consequenzen der Anerkennung des Willens der Einzelnen erscheinen, stellen diese sich als Consequenzen der Anerkennung des Gesammtwillens dar, die Actiengesellschaft kann deßhalb nicht als societas, sondern muß als universitas aufgefaßt werden. Um die gegen diese

eine Disposition des Einzelnen über seine Rate der Forderung ausgeschlossen sein und es stehen der Forderung immer die Einreden aus den Personen der einzelnen Gesellschafter entgegen. Zu der Construction der Actiengesellschaft kann man also auf diesem Wege nicht gelangen.

Auffassung vorgebrachten Einwendungen zu würdigen, erscheint es am Angemessensten, den Argumentationen Jolly's [24]), welcher diese Frage am Eingehendsten behandelt, zu folgen.

Als ersten Grund führt dieser die „Vorstellung der Actionäre an, welche sicherlich nicht dahin gehe, als gehörten die zusammengebrachten Capitalien, die Erträgnisse derselben und die dafür angeschafften Sachen einem von ihnen ganz verschiedenen Rechtssubjecte, sondern sie hielten sich selbst für Herren dieses Vermögens. Dieser Gedanke sei in vielen Statuten mit dürren Worten ausgesprochen, und wenn sich eine entsprechende Aeußerung nicht in allen finde, so liege der Grund davon nicht darin, daß die Ansichten über diesen Punct schwankend oder gar bestimmt verschieden wären, sondern darin, daß die Statuten mehr vom kaufmännischen, als vom juristischen Standpunct aus abgefaßt zu werden pflegten."

Dieses Argument beruht auf einer Verwechselung der rechtlichen Absicht, welche Personen bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts haben, mit der theoretischen Anschauung über die Natur des begründeten Rechtsverhältnisses. Jene ist überall in erster Linie zu berücksichtigen und für die rechtliche Beurtheilung maßgebend, diese ist völlig bedeutungslos [25]).

---

24) a. a. O. (s. o. N. 21) S. 322.

25) Nehmen wir z. B. an, daß A dem B ein Grundstück übergibt mit der Erklärung, er wolle ihm dasselbe schenken, B dürfe jedoch weder die Substanz verändern, noch dasselbe dinglich belasten, noch veräußern, noch letztwillig darüber disponiren, letztere Dispositionen behalte er sich vielmehr vor; nach des B Tode solle das Grundstück ipso jure an den A oder dessen Universal- oder Singularsuccessoren gelangen. Obgleich A hier erklärt, Eigenthum übertragen zu wollen, so wird doch niemand zweifeln, daß nur ein Nießbrauch bestellt sei. — Wenn A mit B einen Vertrag dahin abschließt, daß er dem B eine Sache um einen bestimmten Preis auf zehn Jahre vermiethe, den Miethpreis aber schenke und sich vorbehält, wenn er die Sache brauche, dieselbe zurückzufordern, so liegt keine Miethe, son-

Zu berücksichtigen ist also auch bei Beurtheilung der Actiengesellschaften lediglich die rechtliche Absicht der Gründer derselben (nicht auch der später eintretenden Actionäre). Diese geht aber dahin, daß ihnen der Gewinn aus dem zusammengeschossenen Capital oder dem dafür Angeschafften ausbezahlt werde in statutarisch bestimmter Weise und zu statutarisch bestimmter Zeit, und daß ihnen darauf eine Klage gegen den statutarisch erwählten Vorstand zustehe, ferner, daß nach Auflösung der Actiengesellschaft ihnen eine bestimmte Quote des nach erfolgter Liquidirung sich herausstellenden Reinvermögens in Geld ausbezahlt werde. Von allen aus dem Eigenthum oder einer sonstigen Selbstberechtigung fließenden Rechten nehmen die Actionäre jedoch kein einziges in Anspruch, sondern nur noch das Recht, bei den Wahlen der Vorsteher oder einzelnen wichtigen Verwaltungshandlungen ihre Stimme abgeben zu dürfen, welche unter Umständen, d. h. wenn sie mit denen einer Anzahl anderer Actionäre übereinstimmt, einen Effect haben, im anderen Fall wirkungslos sein soll. — Diese rechtliche Absicht liegt überall zweifellos vor, und diese ist der rechtlichen Beurtheilung zu unterlegen; welche Ansicht aber die Actionäre über die juristische Natur ihrer Rechte haben, wie die Concipienten der Statuten diese Rechte benennen [26]), ist völlig gleichgültig [27]), und es muß von diesen Bezeich-

---

dern ein Commodat vor, welches sich, wenn die Zurückforderung nicht auf den Fall des eigenen Bedürfnisses beschränkt wird, dadurch, das Geschäft mag genannt sein, wie es will, in ein precarium verwandelt.

26) Wichtig kann die Benennung nur dadurch werden, daß aus derselben mitunter auf die Intention der Actionäre geschlossen werden kann.

27) Dasselbe gilt von irrthümlichen Bezeichnungen der Rechte in einem Gesetz. S. z. B. königl. Sächs. Verordnung vom 31. Juli 1839. Ohnehin sind die in Statuten und Gesetzen öfters gebrauchten Ausdrücke: Eigenthümer des Vermögens, des Geschäfts u. s. w. nichts

nungen abgesehen werden, wenn der Inhalt der in den Statuten ausgesprochenen oder aus ihnen erkennbaren Rechte mit denselben in Widerspruch steht. Dieser Inhalt führt nun aber, wie oben gezeigt, mit Nothwendigkeit zur Annahme einer universitas, jede andere Formulirung muß daher als irrig erscheinen.

Ferner argumentirt Jolly aus dem Satz, daß der Gewinn den Actionären zufließe. Wenn sich allerdings denken ließe, daß das Subject des Vermögens eine juristische Person sei und die Actionäre an diese eine Forderung hätten, so erscheine diese Ansicht doch als gekünstelt. „Daß die eigentlichen Erfinder des Instituts, die Kaufleute, so complicirte Mittel zur Erreichung ihres Zwecks erwählt hätten, werde jedem unglaublich erscheinen, der je Gelegenheit gehabt habe, zu erfahren, wie sehr diese Klasse der Gesellschaft vor Allem nach Bündigkeit und Einfachheit in ihren Verhältnissen strebe." Diese Argumentation ist aus ähnlichen Gründen, wie die erstere, zu verwerfen. Das „Mittel, welches die Kaufleute zur Erreichung ihres Zwecks gewählt haben," ist die Aufstellung einer von der der einzelnen Actionäre verschiedenen Willensfähigkeit, sie erkannten, daß durch diese allein ihre Zwecke auf das Einfachste erreicht werden könnten. Daß auf diese Weise auch eine neue Person mit Nothwendigkeit entstehe, darum brauchten sie sich nicht zu kümmern, weil diese rechtliche Construction für die Erreichung ihrer Zwecke indifferent ist[28]).

---

weniger als genaue juristische Ausdrücke. Völlig untechnisch werden namentlich oft die Ausdrücke: gemeinschaftliches, Gesammt-Vermögen, Gesammtheit, Gesellschaft, gebraucht.

28) Ist es wahrscheinlich, daß diejenigen, welche zuerst „auf Gegenseitigkeit versicherten," sich bewußt waren, daß sie etwas ganz anderes vornahmen, als einen Versicherungsvertrag abzuschließen, daß die von dem Einzelnen bezahlte „Prämie" nicht die rechtliche Natur einer solchen habe? Sind wol die Viehhändler und die Bauern,

Hätten aber auch die „Erfinder dieses Instituts" diese Consequenz klar vor Augen gehabt, so hätten sie sich sicherlich keinen Augenblick dadurch beirren lassen, denn in dieser Rechtsbildung hätten sie ja gerade das Mittel erkannt, „bündiger und einfacher ihre Verhältnisse zu gestalten," als durch die societas [29]).

Ich glaube aber sogar behaupten zu können, daß die thatsächliche Voraussetzung Jolly's falsch ist, und daß die Actionäre sich nicht als Subjecte des Actiengesellschaftsvermögens betrachten. Dieß scheint mir namentlich aus der verschiedenen Berechnungsart des in einer offenen oder Commanditen-Gesellschaft und des in einer Actiengesellschaft angelegten Vermögens hervorzugehen.

Eine offene oder Commanditen-Gesellschaft kann ihr Vermögen weit über oder unter dem gewöhnlichen Zinsfuß [30]) nutzbar machen [31]); der einzelne Gesellschafter spricht dann

---

welche die Viehverstellung „erfanden," sich bewußt gewesen, wie sich bei den einzelnen Arten dieses Vertrags das Eigenthumsverhältniß an dem verstellten Vieh gestaltete?

29) Auf die Gleichheit der Rechte in Bezug auf ihren Werth ist schon oben (S. 348) aufmerksam gemacht worden. Der Werth eines Rechts ist aber das dem Kaufmann allein wichtige Moment; ob er eine Forderung gegen einen Anderen oder eine Forderung gegen einen Dritten auf die durch Realisirung der ersteren Forderung erhaltene Geldsumme hat, ist ihm einerlei. Ist die Realisirung der Forderung durch den Dritten leichter und wohlfeiler zu bewerkstelligen, so wird er die Forderung an diesen der ersteren Forderung vorziehen. Ebenso wird er eine sichere Forderung auf die Früchte einer Sache und den Verkaufswerth derselben dem Eigenthum an derselben vorziehen, wenn der Fruchtertrag im ersteren Fall höher ist, als er im zweiten sein würde.

30) Hierunter ist hier und in dem Folgenden nicht das rechtliche Zinsenmaximum, sondern die Höhe der Zinsen verstanden, welche an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit im Geschäftsverkehr stipulirt zu werden pflegen.

31) Daß der Gewinn oft auch ein Aequivalent für angewandte Thätigkeit enthält, ist für unsere Betrachtung einerlei.

von günstiger oder ungünstiger Nutzbarmachung des Capitals, wird aber immer als sein Vermögen die betreffende Quote des Gesellschaftsvermögens betrachten, wie sich dasselbe bei dem Rechnungsabschluß jedesmal herausstellt, und es für gerechtfertigt halten, daß auch das Recht diese Berechnung festhält, z. B. bei Berechnung der Capitalsteuer. Anders der Actionär. Dieser berechnet sein Vermögen nicht nach dem effectiven Werth des Actiengesellschaftsvermögens, als Quote desselben, sondern nach dem Tagespreis der Actie. Dieser letztere wird allerdings durch ein Zusammenwirken der verschiedensten Umstände bedingt, die hauptsächliche und die einzige in der Natur des Verhältnisses begründete Einwirkung auf denselben geht jedoch von der Größe des Fruchtertrags des Vermögens aus. Der Preis der Actie ist, abgesehen von Nebenumständen [32]), regelmäßig gleich einem Werthe, der sich dadurch ergibt, daß man den auf die Actie auszuzahlenden Theil des in der nächsten Zeit [33]) erwarteten Gewinns nach Verhältniß des zu der fraglichen Zeit [34]) gewöhnlichen Zinsfußes [35]) capitalisirt. Die Gesammtheit der Preise sämmtlicher

32) Daß die Größe des Fruchtertrags die regelmäßige Bedingung der Höhe des Actienpreises ist, ergibt sich aus dem üblichen Rückschluß von diesem auf jenen.

33) Die Möglichkeit des augenblicklichen Verkaufs der Actien gestattet die fast ausschließliche Berücksichtigung des Gewinns der nächsten Zeit.

34) Erst wenn die Liquidirung oder die Veräußerung des Grundvermögens bevorsteht, wird die aus der Liquidirung oder dem Kaufpreis für die einzelne Actie erwartete Summe auf den Marktpreis der Actie Einfluß äußern.

35) Die auf den Stand der Actien oft influirende s. g. Häufigkeit oder Seltenheit des Capitals wirkt zunächst auf die Höhe des die Norm zur Capitalisirung abgebenden Zinsfußes (s. o. N. 30) und dadurch erst mittelbar auf den Cours der Actien. Diese Einwirkung zeigt sich daher auch bei den verschiedenartigsten Actien gleichmäßig.

Actien ist daher oft sehr verschieden von dem wirklichen Vermögensbestand der Actiengesellschaft [36]) und wird davon unterschieden [37]). Wenn nun also der einzelne Actionär bei der Berechnung seines Vermögens den Tagescours der Actie berücksichtigt, bei dem mit dem Steigen desselben zusammenhängenden Steigen der Dividende nicht von einer besseren Nutzbarmachung seines Vermögens, sondern von einer Vergrößerung desselben, bei dem Fallen von einer Verminderung spricht, wenn er, wo die Größe des in Actien angelegten Theils seines Vermögens rechtlich in Frage kömmt [38]), die Berechnung desselben nach dem Tagescours der Actien für die entsprechende hält, so kann nicht wol angenommen werden, daß der Actionär sich als Subject einer Quote des Vermögens der Actiengesellschaft betrachtet, sondern es ergibt sich, daß er lediglich eine Forderung gegen dieselbe zu haben vermeint, und als Argument hiergegen können ebenfalls nicht die in manchen Statuten gebrauchten Ausdrücke angeführt werden, da sich der Geschäftsmann um deren Wortlaut, dessen eigentliche Bedeutung ihm oft fremd ist, wenig kümmert. Für diese Anschauung spricht auch noch die Ansicht über Verpfändung der Actie, welche überall nicht als Hypothek an einen ideellen Theil des

36) Die Vermögensgegenstände der Actiengesellschaft können zwar durch den höheren Fruchtertrag auch einen höheren Werth erlangen, z. B. ein Bergwerk, eine Eisenbahn, dieß ist aber keineswegs immer nothwendig und ist sogar dann nicht einmal möglich, wenn das Vermögen nur oder hauptsächlich in Capitalien besteht. Wenn die ursprünglich zusammengeschossenen Capitalien mit 10% nutzbar gemacht und diese als Gewinn ausbezahlt werden, so werden die Actien ungefähr 200 stehen, bei einer Liquidirung trifft aber auf die einzelne Actie doch nur 100.

37) Der Courswerth der Actien wird bei der Rechnungsablage gar nicht berücksichtigt.

38) z. B. bei der Insinuation einer Schenkung, bei der Zahlung von Sporteln oder von Steuern.

Actiengesellschaftsvermögens, z. B. einer Eisenbahn, sondern als pignus nominis aufgefaßt wird.

Fragen wir nun aber nach den inneren, nicht aus den Ansichten oder Absichten der Actionäre hergeholten Gründen, welche Jolly gegen die Qualificirung der Actiengesellschaft als juristische Person vorbringt, so sind es folgende: daß die Actiengesellschaft nicht einen von den Interessen der einzelnen physischen Personen verschiedenen Zweck verfolge, daß die Erträgnisse des Vermögens den physischen Personen zufließen, daß alle Modalitäten, selbst die Dauer der Verbindung, rein in die Willkür derselben gelegt sei, und daß das Vermögen einer aufgelösten Actiengesellschaft nicht als bonum vacans behandelt werde. Wolle man aber diese Gründe mit der Annahme beseitigen, die Actiengesellschaft sei eben eine solche juristische Person, für welche diese Sätze gälten, resp. nicht gälten, so sei zwar der Name juristische Person gerettet, von einem selbstständigen Rechtssubjecte, verschieden von den einzelnen physischen Personen, könne aber nicht mehr die Rede sein.

Die vorgetragenen Sätze sind in dieser Allgemeinheit nicht begründet, wie weiter unten gezeigt werden soll; beschränken wir sie aber auch auf die reinen Gewinn-Actiengesellschaften, welche Jolly hauptsächlich im Auge hat, und in Betreff welcher sie annähernd richtig sind, so sprechen dieselben doch nicht gegen die vertheidigte Construction. Was oben von der Möglichkeit der Begründung von Rechten der einzelnen Glieder als solcher an dem Vermögen der universitas und der Geltendmachung bei Aufhören derselben bemerkt wurde, gilt namentlich für die reinen Gewinn-Actiengesellschaften und entspricht völlig der Intention der Actionäre. Diese erscheinen in den Büchern der Gesellschaft als Gläubiger und werden bei der Liquidirung als solche behandelt. — Was die behauptete Abhängigkeit der Actiengesellschaft von dem Willen der Actionäre

betrifft, so beruht dieß auf einer Verwechselung des Willens der einzelnen Actionäre mit dem durch die verfassungsmäßige Erklärung einer verfassungsmäßig bestimmten Anzahl von Actionären auszusprechenden Willen der Actiengesellschaft. — Die Nothwendigkeit der Verfolgung eines besonderen, von dem Interesse der einzelnen Glieder unabhängigen Zwecks ist, wie schon oben bemerkt wurde, ein willkürlich aufgestellter Satz. Die juristische Person hat als solche kein eigenes Interesse, mithin keinen von Natur gegebenen Zweck ihrer (vermögensrechtlichen) Thätigkeit. Dieser wird ihr beliebig gegeben und kann daher auch in der Beförderung des Interesses der einzelnen Glieder bestehen. Hieraus kann man jedoch ebenso wenig die Unselbstständigkeit des Rechts der universitas ableiten, als in dem Fall, daß eine Person einer anderen Sachen zu Eigenthum überträgt, sich von derselben aber die Herausgabe aller Früchte und auch die Rückgabe der Sachen auf Verlangen versprechen läßt [39], das Recht des letzteren als unselbstständig erscheint. Daß der Umstand, daß „alle Erträgnisse" einem anderen als dem Eigenthümer „zufließen" und die Dauer des Eigenthums von dem Willen dieses anderen abhängt, den Eigenthümer thatsächlich als Verwalter, mithin als unselbstständig berechtigt erscheinen läßt, ist für die rechtliche Betrachtung völlig gleichgültig [40].

Und zu welcher selbstständigen Construction gelangt denn

39) Ein derartiges Verhältniß wird statt eines Mandats- oder Institorenverhältnisses namentlich zu dem Ende begründet werden, um dem thatsächlichen Verwalter größere Leichtigkeit bei der Administration und dem Abschluß von Geschäften zu gewähren, also aus demselben Grunde, aus welchem statt einer societas eine eines selbstständigen Willens fähige universitas geschaffen wird.

40) Umgekehrt betrachtet man wol denjenigen, welcher eine Forderung gekauft hat, als selbstständig berechtigt, während die rechtliche Auffassung diese selbstständige Berechtigung nicht anerkennen kann.

nun Jolly? Er kann der logischen Nothwendigkeit nicht widerstehen und muß sich zu der Annahme — einer juristischen Persönlichkeit verstehen, die er freilich als formelle, scheinbare bezeichnet. S. 321 definirt er die Actiengesellschaft als „eine formell als besonderes selbstständiges Rechtssubject geltende Vereinigung." S. 327 heißt es: „die A.-G. gilt formell vermöge einer rechtlichen Fiction als eine juristische Person, d. h. sie tritt ihren eigenen Mitgliedern und dritten Personen gegenüber ganz so in Thätigkeit, als wäre sie in der That ein besonderes, von den einzelnen Actionären verschiedenes Rechtssubject." Da nun also die „formelle Geltung" der Actiengesellschaft als juristische Person darin bestehen soll, daß die für die juristische Person geltenden Grundsätze auch auf die Actiengesellschaften Anwendung finden sollen, jede juristische Person aber auf einer rechtlichen Fiction beruht und, insofern ihr eine natürliche Person nicht entspricht, nur als formelles Rechtssubject erscheint, so kann in der Erklärung Jolly's nichts anderes als die Anerkennung der Actiengesellschaft als juristischer Person gefunden werden, und dieß wird noch dadurch unterstützt, daß „das ganze genauere Colorit, welches das römische Recht seiner societas beigelegt hat, als auf die Actiengesellschaft nicht passend" bezeichnet, aus der aufgestellten Behauptung aber, daß die Actionäre die Subjecte des Vermögens bildeten, ein Rechtssatz nicht hergeleitet, bei der Entwickelung der Rechtssätze vielmehr von der formellen Einheit ausgegangen wird. Forscht man nun aber nach, was Jolly sich unter dem Gegensatz einer formellen, scheinbaren und einer thatsächlichen, wirklichen juristischen Person gedacht hat, so findet man, daß er unter der letzteren die mit den oben als willkürlich beigelegt erkannten Eigenschaften versehenen versteht, der s. g. formellen juristischen Person aber diese Eigenschaften abstreift. So ist es denn lediglich die nicht

gehörige Erkenntniß des Wesens der juristischen Person, welches denselben zu diesen mißglückten Constructionsversuchen veranlaßt hat. —

Bisher ist nur von den reinen Gewinn-Actiengesellschaften gehandelt worden, es kommen nun aber auch Actiengesellschaften vor, welche einen von den Interessen der einzelnen Actionäre verschiedenen Zweck verfolgen, und zwar können diese so construirt sein, daß die Actionäre weder Capitaleinschuß, noch Gewinn, oder nur den Capitaleinschuß oder diesen und einen Theil des Gewinns [41]) beanspruchen [42]). Hier würde also der gegen die Behandlung der Actiengesellschaft als universitates vorgebrachte Grund wegfallen. Bei diesen Actiengesellschaften fällt aber auch die Vertheilung des Vermögens

41) In dem letzteren Fall existiren die beiden Zwecke, der von den Interessen der Actionäre verschiedene und der in der Verfolgung dieses Interesses bestehende neben einander. Da aber der von den Actionären in Anspruch genommene Theil des Gewinns gewöhnlich nicht quotitativ, sondern quantitativ nach Procenten des Capitals bestimmt ist, und zwar in der Höhe des gewöhnlichen Zinsfußes, das Nichtverzinstwerden eines Capitals aber im Verkehr als Verlust aufgefaßt zu werden pflegt, so erscheint der specielle Zweck der Actiengesellschaft thatsächlich als der einzige, welcher nur nicht mit Verlust der Actionäre geltend gemacht werden soll.

42) Auch da, wo die Actionäre zunächst nur die Absicht haben, ihre Capitalien günstig anzulegen, kann die Actiengesellschaft doch einen höheren Zweck verfolgen und mit Bezugnahme auf diesen von dem Staat anerkannt oder besonders privilegirt worden sein. Dieser Gesichtspunct wird mehr oder weniger, z. B. bei allen Eisenbahngesellschaften, sich vorfinden und derselbe tritt dadurch namentlich hervor, daß der Staat seine Bewilligung von der Erfüllung mancher auf diesen höheren Zweck sich beziehenden, den Interessen der Actionäre nachtheiligen Bedingungen (z. B. Betreffs der Richtung der Bahn, der Anordnung der Züge) abhängig macht oder gesetzlich vorschreibt, daß der ein gewisses Maximum übersteigende Gewinn zur Beförderung dieses höheren Zwecks verwendet, resp. aufgeopfert werde (z. B. durch Herabsetzung der Fahrpreise).

oder des ganzen Vermögens unter die Actionäre bei der Auflösung weg, ebenso, wie die Befugniß, über das Vermögen oder das ganze Vermögen zu Gunsten der einzelnen Actionäre zu verfügen, nicht vorhanden ist. Das bei der Auflösung der Actiengesellschaft vorhandene Vermögen wird, soweit dasselbe den zurückzuzahlenden Capitaleinschuß oder die herauszuzahlende Capitalquote übersteigt — bonum vacans. Die Nothwendigkeit dieser Sätze tritt besonders dann klar hervor, wenn man die Art und Weise ins Auge faßt, wie bei derartigen Actiengesellschaften die Ansprüche der Actionäre auf ihren Capitaleinschuß und einen quotitativ oder quantitativ bestimmten Gewinnantheil gewöhnlich realisirt werden. Statt weiterer Ausführungen begnüge ich mich mit der Anführung eines Beispiels. Es bildet sich eine Actiengesellschaft zur Erbauung einer Brücke; statutarisch wird festgesetzt, daß von dem nach Herstellung der Brücke erhobenen Brückenzoll den Actionären ihr Gewinnantheil (Capitalprocente) ausbezahlt, von dem übrigen Gewinn und dem etwaigen Capitalüberschuß aber einzelne (durchs Loß bestimmte) Actien eingelöst werden sollen, nach Einlösung aller Actien aber solle die Brücke einer Gemeinde oder dem Staat übergeben werden, die Verwaltung solle durch einen gewählten Vorstand besorgt, alle wichtigen Maßregeln aber von der Majorität der Generalversammlung vorgenommen werden, in dieser nur die Inhaber von Actien Stimme haben, dieselbe aber mit Ausloßung und Auszahlung der Actie erlöschen. Ist es hier denkbar, daß die letzten zwanzig Actionäre die Brücke veräußern und den Erlös unter sich vertheilen oder die Einlösung der Actien sistiren und den Gewinn ganz unter sich vertheilen, oder die Brücke einer anderen als der statutarisch bestimmten Person übertragen dürfen? Ist darum aber auch eine Construction einer solchen Actiengesellschaft, die nicht von der Annahme einer juristischen Person

und von einer verfassungsmäßig qualificirten, resp. beschränkten Willensfähigkeit derselben ausgeht, nur entfernt denkbar?

Man erörtert häufig bei Untersuchung der rechtlichen Natur der Actiengesellschaften die Frage nach der Nothwendigkeit der staatlichen Bestätigung derselben. Meiner Ansicht nach mit Unrecht. Wenn sich nämlich die juristische Persönlichkeit als eine begrifflich nothwendige Eigenschaft der Actiengesellschaften herausstellt, so kann sie der einzelnen nicht noch speciell durch den Staat verliehen werden, ebenso wenig sie ihr vorenthalten werden kann[43]). Wol aber kann der Staat die Anerkennung einer Actiengesellschaft und somit auch der juristischen Persönlichkeit derselben von seiner speciellen Genehmigung abhängig machen. Wo deßhalb das Erforderniß der staatlichen Genehmigung aufgestellt ist, erscheint dieselbe als nothwendig zur Perfection des die Actiengesellschaft gründenden Rechtsgeschäfts, bevor sie erfolgt, ist die Actiengesellschaft überhaupt nicht vorhanden, und es kann deßwegen auch keiner der für die Actiengesellschaft geltenden Rechtssätze angewandt werden, namentlich erscheinen Majoritätsbeschlüsse nicht als bindend; die in den provisorischen Statuten enthaltene Unterwerfung unter die Majorität bringt nur obligatorische Wirkungen hervor, wie dieselben oben (S. 360) dargestellt worden sind. Das Rechtsverhältniß unter den eventuellen Actionären selbst wird möglicher Weise in den verschiedenen Stadien der Entwickelung als Societät der

43) Die Verleihung der „Rechte von Corporationen" kann jedoch noch eine besondere Bedeutung dadurch haben, daß der Actiengesellschaft dadurch besondere, den Corporationen zustehende Rechte (Privilegien) zustehen sollen, oder die Actiengesellschaft solcher Rechte für fähig erklärt wird, welche an sich nicht aus dem Begriff der Persönlichkeit fließen, z. B. da, wo nur der Inländer Grundeigenthum erwerben kann, die Fähigkeit, solches zu erwerben oder gewisse politische Rechte auszuüben.

Unternehmer, oder dieser und jedes einzelnen Unterzeichners [44]), oder aller Unterzeichner erscheinen; es kann aber auch ein anderes Rechtsverhältniß sein.

Ob nun aber eine Actiengesellschaft zu ihrer Entstehung der staatlichen Genehmigung bedarf oder nicht, hat auf ihre Natur selbst ebenso wenig Einfluß, als dieß bei anderen Rechtsverhältnissen, bei deren Entstehung der Staat ebenfalls concurrirt, der Fall ist [45]). —

Daß die Rechtsverhältnisse der Gewerkschaften und der Pfännerschaften sich in derselben Weise, wie die der Actiengesellschaften construiren, bedarf nur einer Andeutung. Schwieriger ist die Frage, wohin die Vereine zu geselligen, wissenschaftlichen, religiösen Zwecken hinsichtlich ihrer Vermögensfähigkeit, denn nur diese kömmt in Betracht, zu stellen sind. Obgleich es nämlich als das Einfachste und den Zwecken der meisten derartigen Vereine am Entsprechendsten erscheinen dürfte, dieselben als universitates zu behandeln, so liegt doch die Ausbildung solcher Rechtssätze, wie wir sie bei den Actiengesellschaften vorfinden und aus welchen die Nothwendigkeit, denselben eine juristische Persönlichkeit beizulegen, abgeleitet werden konnte, hier nicht so deutlich erkennbar vor Augen, und es erklärt sich dieß einerseits aus der verschiedenartigen Gestaltung solcher Vereine, sowie aus dem Umstande, daß die Vermögensverhältnisse meist nur eine untergeordnete Rolle spielen und die Geschäfte sehr einfacher

44) Hier würde namentlich der Satz der l. 20 pro socio: socii mei socius, socius meus non est Anwendung finden.

45) Da, wo particularrechtlich vorgeschrieben ist, daß ein Viehhandel Rechtswirkungen nur erzeuge, wenn er gerichtlich verlautbart sei, oder daß der Abschließung eines Leibzuchtsvertrags eine gerichtliche causae cognitio vorhergehen müsse, haben diese Rechtsgeschäfte nicht entfernt eine andere Natur als da, wo dieselben durch einfachen Consens perfect werden.

Natur sind, andererseits aber aus der Energielosigkeit unserer Jurisprudenz [46]). Derartige Vereine sind meist in der Art von Corporationen geordnet, die Verwaltung ihres Vermögens und die Disposition über dasselbe ist meist der (einer) Majorität der Mitglieder oder einem Vorstand übertragen, welcher von dieser, oder einem Ausschuß oder durch sich selbst (Cooptation) gewählt wird, oder durch einen äußeren Umstand (Alter, Bekleidung eines Amts, Besitz eines Grundstücks u. s. w.) bestimmt ist; kein einzelnes Mitglied kann die Herausgabe eines Theils des Vermögens beanspruchen, das austretende Mitglied verliert seine Rechte, wird aber auch frei von Verpflichtungen, diese gehen überhaupt nur bis zu einem bestimmten Quantum, das neueintretende Mitglied erwirbt dieselben Rechte, wie jedes alte Mitglied und wird in derselben Weise verpflichtet, die (eine) Majorität kann neue Mitglieder aufnehmen, alte ausschließen u. s. w. u. s. w. — alle diese Sätze scheinen auf das Vorhandensein einer juristischen Persönlichkeit hinzudeuten, d. h. sie lassen sich am leichtesten realisiren, wenn eine solche vorhanden ist, jedoch setzen sie eine solche nicht nothwendig voraus, sondern lassen sich sämmtlich, mitunter freilich in sehr gezwungener Weise [47]), mit der Construction des Vereins als societas vereinigen, wenigstens einer societas, welche in einer gegen ihr Grundprincip (der Coexistenz der Rechte der Einzelnen) nicht verstoßenden Weise modificirt wäre. Die einzelnen Sätze können freilich dann immer nur die Mitglieder selbst binden in der Weise, wie oben

46) Vergl. Mommsen, De collegiis p. 119 timida nostra prudentia.

47) Durch Annahme von Schenkungen unter Bedingungen und mit modus nach verschiedenen Richtungen hin, Pönalstipulationen, deren Gegenstand die jedesmal das einzelne Mitglied treffende Quote des gemeinschaftlichen Vermögens wäre, Delegationen, Expromissionen u. s. w.

(S. 360) ausgeführt wurde, Dritten gegenüber können sie schlechterdings keine Wirkung ausüben, namentlich würde also der Widerspruch eines einzelnen Mitglieds gegen die Handlungen des Institors (Vorstands) diese für dasselbe unverbindlich machen, Widerspruch gegen die Klage des Procurators des Vereins diesen an der Geltendmachung einer Forderung in ihrer Totalität verhindern, der Klage selbst aber würden Exceptionen aus den Personen der einzelnen Glieder bis zur Höhe der Rate derselben opponirt werden können. Das Austreten eines alten Mitglieds und das Eintreten eines neuen würde Dritten gegenüber weder jenes liberiren, noch dieses obligiren [48]. Die limitirte Haftung der einzelnen Mitglieder würde zwar in Vertragsverhältnissen aus der jedem Contrahenten gegenüber stillschweigend abgegebenen Erklärung hergeleitet werden können [49]), dieß würde aber nicht möglich sein bei solchen Obligationen, welche durch Zustände entstehen, wie z. B. die Verpflichtung zur cautio damni infecti. Der bedrohte, resp. beschädigte Nachbar braucht sich hier nicht eine Beschränkung der Haftung gefallen zu lassen, die Mitglieder stehen ihm wie sonstige condomini gegenüber.

Nun wird sich aber wol meistens wenigstens ein Gerichtsgebrauch nachweisen lassen, durch welchen die eine oder die andere dieser Consequenzen aus der Societät ausgeschlossen ist. Damit ist aber auch, da nach den obigen Ausführungen die Anerkennung eines Gesammtwillens die Anerkennung des Willens der Einzelnen ausschließt [50]), die juristische Persönlichkeit

48) Ebenso würde eine Klage des einzelnen Mitglieds auf Theilung nicht ohne Weiteres abgewiesen werden, sondern nur durch eine Exception aus dem Gesellschaftsvertrag unwirksam gemacht werden können. (Wichtig bei Contumacia.)

49) S. o. N. 21.

50) Man kann hiergegen nicht einwenden, daß nach manchen Vereinsstatuten zu gewissen wichtigen Geschäften Stimmeinhelligkeit

der besprochenen Vereine oder einer Art derselben anerkannt, und es liegt die Nothwendigkeit vor, auch sämmtliche aus dieser Eigenschaft hervorgehenden Sätze anzuerkennen. Hierin liegt aber die practische Bedeutung der genauen Begriffsbestimmung der rechtlichen Natur solcher Gesammtheiten und des Stellens derselben in die eine oder die andere Kategorie. —

Was die s. g. „Familiengenossenschaften“ betrifft, so kann dieser allgemeinen Bezeichnung ein Rechtsbegriff schlechterdings nicht untergelegt werden, ja es fehlt ihnen häufig sogar die thatsächliche Unterlage einer Gemeinschaftlichkeit. Jede einzelne Art muß ihrem rechtlichen Charakter nach besonders untersucht werden, ja bei der großen Verschiedenheit der Rechtsbildungen und der mangelhaften Ausbildung einer juristischen Terminologie wird es oft nothwendig, diese Untersuchung auf die einzelnen Rechtsbildungen zu erstrecken. Meistens stellen sich die s. g. Familiengenossenschaften als communiones dar, häufig liegen, wie das von Anderen [51]) schon zur Genüge ausgeführt ist, nur Eigenthumsbeschränkungen durch künstlich geschaffene Successionsrechte vor. Mitunter aber finden sich auch vollständig alle Requisite zur Annahme einer juristischen Person vor [52]), wie dieß namentlich bei den

---

gefordert wird. Die sämmtlichen Mitglieder bilden hier das verfassungsmäßige Organ der Gesammtheit; daß sie aber darum noch nicht als Einzelne handeln, ergibt sich daraus, daß die von dem Einzelnen abgegebene Erklärung nicht mehr zurückgenommen werden kann, dieser also auch nicht für seine Person z. B. das Klagmandat zurücknehmen oder seinen Theil der Forderung erlassen kann.

51) Namentlich von L. Duncker in seinem Gesammteigenthum.

52) Die juristische Persönlichkeit wird da, wo landesherrliche Verleihung nicht vorhanden ist, auf Herkommen beruhen. Rechtssätze konnten sich bei der Verschiedenheit der rechtlichen Erscheinung solcher Gemeinschaften schwer bilden.

meisten Ganerbschaften[53]) angenommen werden muß, bei welchen ein Gesammtwille ausdrücklich anerkannt wird[54]). — Allmend, Mark. Die Rechte an der Allmend stellen sich als Uebergangsstufen aus der lediglich thatsächlichen Benützung des unoccupirten Bodens in das Privateigenthum der Einzelnen dar. Man muß deßhalb bei ihnen verschiedene Phasen unterscheiden[55]).

Der von den Einzelnen nicht ausschließlich occupirte Boden wird ursprünglich von jedermann, dem es passend scheint, benützt, ohne daß dieser oder eine Gesammtheit der ausschließlich occupirten Güter, eine Gemeinde, eine Ausschließlichkeit in Anspruch nimmt — res nullius und darum res omnium communis. Das Bedürfniß führt zunächst zur Ausschließung der Benützung durch die der Gesammtheit der bisherigen Benützer, der Gemeinde, nicht Angehörenden. Der Boden wird dadurch zur res publica (res populi, d. i. der Gemeinde), wird aber von jedem Nichtausgeschlossenen, also jedem Gemeindegenossen, benützt — in publico (d. i. populi) usu habetur. Das Bedürfniß führt weiter zu einer Begränzung die-

53) Aus der von Estor bezeugten reichskammergerichtlichen Anerkennung der mit dem Ganerbschaftssiegel versehenen „Generalgewalten" und der durch den Aeltesten oder die Baumeister unterschriebenen „Specialgewalten" möchte ich auf die gemeinrechtliche Anerkennung der Ganerbschaft als solcher als juristischer Person nicht unbedingt schließen; unzweifelhaft geht dieselbe aber aus den Statuten einzelner Ganerbschaften und den Verträgen derselben mit dem Landesherrn hervor.

54) Auch der Familiengemeinschaft, von welcher Gerber a. a. O. S. 200 berichtet, stehe ich nicht an, eine juristische Persönlichkeit beizulegen. Die Anerkennung eines Gesammtwillens scheint nach dem dort Mitgetheilten evident.

55) Vergl. Renaud, die Gemeindenutzungen in Zeitschr. für deutsches Recht. Bd. IX. Nr. 1 und Michelsen, von der bauerschaftlichen Meentverfassung, ebendas. Bd. VII. Nr. 5.

ser Benützung durch die einzelnen Genossen, so daß die Qualificirung der Benützung als Recht nicht nur den außerhalb der Gemeinde Stehenden, sondern auch den Genossen gegenüber bedeutsam wird. Diese Begränzung tritt anfänglich nur einer zu starken Benützung durch die Einzelnen entgegen, bildet sich aber später in die Theilung der Benützung nach ideellen Theilen um. Diese Theilung und damit Fixirung der Benützung der Einzelnen dem Umfang nach macht es möglich, das Recht auf dieselbe als selbstständiges, für sich allein (ohne die den Nutzungsberechtigten eigenthümlichen Güter) veräußerliches aufzufassen, so daß, während anfänglich das der Gemeinde Angehören die Bedingung des Nutzungsrechts war[56]), das Verhältniß sich nun umdrehte und das Nutzungsberechtigtsein als Bedingung der Gemeindeangehörigkeit betrachtet werden konnte[57]); ferner war aber auch nun die Möglichkeit vorhanden, daß neben der mit der Gemeinde ursprünglich identischen Gesammtheit der Nutzungsberechtigten, resp. um sie herum, eine besondere Gemeindegesammtheit sich bilden konnte.

Berücksichtigt man nun, daß die Nutzungsberechtigten von da an, wo sie sich gegen Dritte abschließen, überall als Gesammtheit auftreten, mit Stimmenmehrheit Vorsteher wählen, die Benützung der unvertheilten Ländereien regeln, Verträge abschließen, Proceßführung gültig beschließen[58]), so wird man mit Nothwendigkeit zur Annahme einer juristischen Person geführt, welche als Eigenthümerin der Allmend zu

56) Analog ist das ausschließliche Nutzungsrecht der Patricier am ager publicus; vergl. Ihering, Geist des röm. Rechts. Thl. I. S. 196. N. 104.

57) Die meist ausschließliche Bestreitung der Gemeindeausgaben durch die Nutzungsberechtigten vermittelte diese Umgestaltung.

58) S. Renaud a. a. O. S. 89 ff. Verfehlt ist hier nur die S. 93 versuchte Begründung der Befugniß der Majorität, einen Proceß zu beschließen durch die Unschädlichkeit derselben für die Einzelnen.

betrachten ist. Daß dieselbe ursprünglich mit der Gemeinde (politischen Gemeinde) zusammenfällt, später aber innerhalb derselben sich besonders ausbildet oder ganz sich von ihr loslöst, berührt ihre rechtliche Natur selbst nicht. Die Nutzungsrechte der einzelnen Glieder dieser Gesammtheit können nur als Rechte an dem der Gesammtheit eigenthümlichen Grund und Boden aufgefaßt werden, und die ursprüngliche Unbestimmtheit dem Umfang nach und spätere verschiedene Firirung derselben ändert an diesem Charakter nichts. — Wo die Gemeinde nicht Eigenthümerin der Allmend, sondern diese ihr geliehen war, gestalten sich die Rechte in analoger Weise.

Der von Bluntschli[59]) gegen die Construction der Allmend als im Eigenthum der Gemeinde als einer universitas stehenden Gutes vorgebrachte Grund, „die Gemeinde besitze und nutze keineswegs oder nur in untergeordnetem Maße die Allmend für sich," findet schon in dem oben (S. 371) Ausgeführten seine Widerlegung. Will man bei der Entscheidung der Frage, wem ein Recht zustehe, von dem Umstand ausgehen, wem die „Nutzung" oder „hauptsächliche Nutzung" — „die realste Seite in der Ausübung der Herrschaft" — zusteht, so muß man annehmen, daß das Eigenthum mit Bestellung eines Usufructus, aber auch selbst mit Commodirung und precärer Ueberlassung untergehe und sich nur in ein Rückforderungsrecht verwandele, ja man kann selbst denjenigen, welcher verpflichtet ist, den Ertrag oder hauptsächlichen Ertrag eines Grundstücks einem Anderen herauszugeben, nicht mehr als Eigenthümer betrachten, namentlich auch denjenigen nicht, dessen Güter sequestrirt sind. Wenden wir dieß auf die Gemeinde an, so würde, wenn die Gemeinde ein Krankenhaus aus dem Ertrag ihres Kämmereivermögens baut, zu der Kran-

59) Deutsches Privatrecht. §. 58. S. 257.

kenpflege den Ertrag eines Grundstücks bestimmt, und festsetzt, daß nur Gemeindeglieder, aber auch alle Gemeindeglieder, nicht nur etwa die armen, darin Verpflegung, und zwar unentgeldliche, finden sollten, oder wenn sie ein Waschhaus zur Benützung aller Gemeindeglieder errichtet oder den Ertrag eines Kämmereiguts zur Ausrichtung eines jährlichen Gemeindefestes, bei welchem jedes Gemeindeglied für eine bestimmte Summe Essen und Trinken erhalten soll — so würde in diesen Fällen die Gemeinde nicht Eigenthümerin dieser Grundstücke bleiben können, wenngleich sie dieselben rechtlich vertritt und administrirt, die „realste Seite der Ausübung der Herrschaft" fehlt ihr ja, denn Krankenpflege, Beförderung der Reinlichkeit und Erheiterung der einzelnen Gemeindegenossen ist nicht Gemeindezweck und das dafür verwandte Geld nicht für den Nutzen der Gemeinde verwandt.

Die Rechtsverhältnisse an der Mark construiren sich ganz in derselben Weise, wie die an der Allmend. —

Ich wende mich zum Schluß noch zu einer Bemerkung von Jhering. Um die auffällige Erscheinung der Popularklagen zu erklären, stellt derselbe die Rechte der Gentilen an den im gemeinsamen Gebrauche stehenden Sachen folgendermaßen dar [60]: „Die Sachen der Gens gehörten sämmtlichen Gentilen zusammen. (N. 98. Nicht ihr als einer juristischen Person; das ist eine Abstraction, deren erst der entwickelte juristische Verstand fähig ist, die wir also nicht in die Kindheitszeit des Rechts verlegen dürfen.) Dies Recht unterschied sich von dem, was Jemandem als Einzelnem zustand, dadurch, daß es kein exclusives, sondern ein ihm mit seinen Genossen ungetheilt-gemeinsames, und sodann, daß es kein veräußerliches, sondern ein untrennbar mit der corporativen Gemein-

60) Geist des röm. Rechts. Bd. I. S. 186.

schaft verknüpftes war — eine Art des Rechts, die im deutschen Recht sehr verbreitet, im späteren römischen aber dem Princip der Exclusivität des Rechts erlegen ist. (N. 99., d. h. das ungetheilt-gemeinsame Eigenthum aller Mitglieder einer Corporation ward später als Eigenthum einer juristischen Person dargestellt. Es wird vielleicht eine Zeit kommen, wo man diesen Schritt wieder zurückmacht und mit Aufgabe dieser Fiction jenes natürliche Verhältniß juristisch zu construiren versucht. Wenn der Versuch erst für das deutsche Recht befriedigend gelungen ist, wird dies für das römische Recht schwerlich ohne Einfluß bleiben)." Diese Stelle führe ich aus einem doppelten Grunde an. Einmal, weil ich es für richtig halte, daß den Gentilen gewisse Sachen ungetheilt-gemeinsam gehörten und hiermit das Vorkommen gleicher rechtlicher Zustände bei den Römern und Germanen auch nach dieser Seite belegt wird, ferner aber, weil den in den Noten aufgestellten Sätzen entgegengetreten werden muß. Der Grund, welcher in Note 98 für die Behauptung, daß die Sachen nicht einer juristischen Person zuständen, angeführt ist, widerspricht Ihering's eigenen Ausführungen in §. 3. Die juristische Person wird nicht dnrch den entwickelten juristischen Verstand geschaffen, sondern erkannt, sie kann aber schon existiren, ehe das Erkenntnißmittel vorhanden ist, ebenso wie eine Actiengesellschaft juristische Person ist, auch wenn kein Actionär sie dafür erkennt. Die Gens konnte aber, soweit sie organisirt war, nichts Anderes als eine juristische Person sein (s. o.) und deßwegen war sie es[61]). Auch

61) Ihering's Erklärung der Popularklagen als auf dem eigenen Recht der Einzelnen beruhender läßt sich aufrecht erhalten, wenn man auch nur ein Nutzungsrecht der Einzelnen an der Sache der Gesammtheit annimmt (s. o.), ja ein solches Recht bildet gleichsam eine natürlichere Sachlegitimation.

der in Note 99 ausgesprochenen Vermuthung muß entgegengetreten werden. Der zurückzumachende Schritt könnte nur ein offenbarer Rückschritt sein. Stellen sich ja doch die verschiedenen Constructionen von Genossenschaft und Gesammteigenthum als Producte einer auf halbem Wege stehen gebliebenen Untersuchung dar und zeigt sich in denselben in hohem Grade die von Mommsen[62]) mit Recht getadelte Energielosigkeit der germanistischen Jurisprudenz. Sieht Jhering den Werth der erwarteten neuen Construction in dem Aufgeben der Fiction, so würde dieß dann vielleicht richtig sein, wenn diese Fiction eine vom Recht geschaffene wäre. Dieß ist aber nicht der Fall, die Fiction wird vielmehr aus dem täglichen Leben hergeholt, wo sie gäng und gebe und in der Sprache überall anerkannt ist[63]).

Zweites Capitel.

Die dinglichen Rechte.

§. 28.

Verschiedenheit des Princips der dinglichen Rechte.

Das römische Recht ist nach dem Verf. in Betreff der dinglichen Rechte in dreifacher Weise beschränkt:

---

62) (S. o. N. 6) p. 119: Hodie quoque societates publicae jura personae quam maxime requirunt et clara voce flagitant; sed timida nostra prudentia privilegia a rege impetrata nescit ita interpretari, ut usus communis exposcit.

63) Eine Fiction bleibt, so sehr sich Beseler und Bluntschli dagegen sträuben, aber doch immer vorhanden; denn sobald wir mehrere Personen in Betreff ihres Erkennens oder ihres Wollens als Einheit fassen, schreiben wir ihnen eine Seele zu, welche, wenigstens nach unserer menschlichen Erkenntniß, nur der Einzelne hat — wir fingiren also.

1) Aus dem Begriff des Eigenthums als ausschließlicher Herrschaft folgt, daß ein Dritter ein Recht an der Sache nur haben kann, wenn es ihm durch einen besonderen Willensact vom Eigenthümer eingeräumt ist. Alle jura in re aliena sind Beschränkungen des Eigenthums.

2) Das Eigenthum ist reines Recht, es kann also nur dadurch beschränkt werden, daß der Eigenthümer etwas zu dulden oder nicht zu thun verpflichtet wird. Servitutes, quae consistunt in faciendo sind von den Römern für juristisch unmöglich erklärt.

3) Persönliche Beziehungen zu dem Eigenthümer vermögen kein dingliches Recht an dessen Sachen zu begründen, also sind dingliche Rechte, denen ein persönliches Verhältniß zu Grunde liegt, für die Römer unconstruirbar.

Nach germanischem Recht hingegen ist das Eigenthum nicht reines Recht ohne Pflicht und daher ist die Construction der Reallasten möglich. Ferner ist das Eigenthum nicht ein so ausschließliches Recht, daß Rechte dritter Personen ausgeschlossen würden, vielmehr begründet die sittliche Pflicht des Eigenthümers, beim Gebrauch seines Rechts diejenigen Rücksichten zu respectiren, welche er auf Grund besonderer persönlicher Verhältnisse bestimmten Personen schuldig ist, Rechte für diese, welche, neben dem Rechte des Eigenthümers bestehend, ihren Grund nicht in einem Willensacte des Letzteren, sondern unmittelbar in dem persönlichen Verhältnisse zu dem Eigenthümer haben. Existiren solche Rechtsverhältnisse schon ohne Vertrag, so können auch durch Vertrag neue ähnliche constituirt werden, und Verträgen, die zunächst nur ein persönliches Verhältniß begründen, kann man einen dinglichen Charakter geben. Dieß geschieht bei den verschiedenen Arten der Leihe.

Wenn man den im römischen Recht als jura in re aliena aufgefaßten Rechten die im deutschen Recht anerkannten dinglichen Rechte und die mit dem Besitz von Sachen verbundenen Rechte und Verpflichtungen gegenüberstellt, so stellt sich eine sehr große Verschiedenheit heraus, und glaubt man damit die in beiden Rechten sich entsprechenden Rechtsbildungen gegenübergestellt zu haben und somit zu einer Vergleichung berechtigt zu sein, so findet man allerdings auf der einen Seite eine kleinlich erscheinende Beschränkung, auf der anderen eine großartige Mannigfaltigkeit der Rechtsbildung. Scheidet man von der Betrachtung noch einzelne römische jura in re aus [1]), so wird der Gegensatz um so größer. Diese Gegenüberstellung ist jedoch völlig ungerechtfertigt. Den römischen jura in re aliena entsprechen die deutschen an Sachen begründeten Rechte. Daß es früheren Rechtslehrern gefallen hat, unsere Reallasten nach Analogie der Servituten zu behandeln, sie wol gar als Servituten aufzufassen, macht dieselben noch nicht zu dinglichen Rechten nach der der römischen Auffassung zu Grunde liegenden Idee — zu jura in re aliena. — Will man jedoch die römische Begriffsfassung für eine zufällige, positive erklären und statt derselben einen weiteren Begriff, welcher neben den den jura in re aliena entsprechenden Rechten auch die Reallasten umfassen soll, aufstellen, so kann dieß nur durch die Aufsuchung der gemeinsamen Merkmale beider Begriffe und die Abstrahirung der verschiedenen geschehen. Einziges gemeinsames Merkmal ist nun aber lediglich, daß beide Rechtsverhältnisse nicht zwischen bestimmten Personen begründet sind, sondern an Sachen geknüpft erscheinen; man erhält also den Begriff des an eine Sache geknüpften Rechtsverhältnisses. Dieser Begriff umfaßt zwar noch andere Rechte, als

1) Emphyteuse, Hypothek. Schmidt, S. 249.

diejenigen, für welche er aufgesucht wurde, doch kann er nicht enger gefaßt werden, denn eine Beschränkung desselben auf die jura in re und die Reallasten kann nur durch Aufnahme der einzelnen Merkmale beider Begriffe und alternative Nebeneinanderstellung derselben vorgenommen werden, wodurch man eine Summe von zwei coordinirten Begriffen, aber nicht einen weiteren Begriff erhält.

Dem Begriff des an eine Sache geknüpften Rechtsverhältnisses [2]) „geht alle systematische Brauchbarkeit ab [3]),“ da die Verbindung in verschiedener Weise erfolgt, verschiedene rechtliche Wirkungen hervorbringt und verschiedenartige Klagen durch dieselbe bedingt sind. Es soll daher nicht prätendirt werden, diesen Begriff in die Jurisprudenz einzuführen, derselbe erscheint jedoch geeignet, einer Materialkritik zu Grunde gelegt zu werden.

Das Bedürfniß des Lebens verlangt, daß gewisse Interessen nicht nur von bestimmten Personen, welche ein Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, und ihren Universalsuccessoren, oder solchen Personen und ihren Universalsuccessoren gegenüber rechtlich geltend gemacht werden, manche Interessen können sogar nur dadurch realisirt werden, daß von concreten Personen ganz abstrahirt wird — das Recht hat daher die Aufgabe, Mittel zur Realisirung solcher Interessen zu schaffen [4]). Die Verknüpfung des Rechtsverhältnisses mit einer Sache bietet sich als wirksames Mittel dar [5]). Die Untersuchung, ob

---

2) Vgl. Savigny, System. Bd. II. §. 103. S. 375 ff. Derselbe, Obligationenrecht. Bd. I. §. 15.

3) Für diesen Begriff gilt dasselbe, was Puchta (Pandecten §. 140.) mit den oben gebrauchten Worten für den die mit in rem actiones verfolgbaren Rechte zusammenfassenden Begriff behauptet.

4) Vgl. Savigny, System. Bd. II. §. 103.

5) Diese Verbindung ist nicht das einzige Mittel: auch mit Statusverhältnissen können Rechtsverhältnisse verbunden werden.

und wie weit eine solche Verbindung in einem Rechte vorkömmt, ergiebt daher, ob und wie weit dasselbe dem erwähnten Bedürfniß Rechnung getragen hat, in dieser Weise aber scheint mir die Aufgabe dieses Paragraphen präcisirt werden zu müssen. Gegen die Frage nach „ob“ und „wie weit“ tritt die Frage nach dem „wie“ für unsere Untersuchung in den Hintergrund, denn die Art und Weise der Verbindung, sowol was die Formulirung der betreffenden Rechtssätze, als die Stellung derselben in dem System betrifft, ist oft eine zufällige[6]). In der folgenden Tabelle, in welcher versucht worden ist, die verschiedenen, dem römischen Rechte bekannten Verknüpfungen von Rechtsverhältnissen mit Sachen aufzuzählen, ist daher zunächst von der juristischen Construction, namentlich aber von der systematischen Stellung der einzelnen Sätze ganz abgesehen worden[7]).

Das römische Recht kennt folgende Verknüpfungen von Rechtsverhältnissen mit Sachen:

1) Recht, eine Sache völlig zu beherrschen, inne zu haben, zu gebrauchen und über dieselbe zu disponiren — Eigenthum.

2) Recht, eine im Eigenthum eines Anderen stehende Sache inne zu haben,

   a) um dieselbe zu gebrauchen und Früchte aus ihr zu ziehen;

      α) das Recht ist dem Eigenthümer und Dritten gegenüber begründet — usus fructus, Recht am ager vectigalis, jus emphyteuticum, Rechtsverhältniß des colonus;

      β) das Recht ist Dritten, aber nicht dem Eigen-

---

6) S. u.

7) Auf die juristische Construction wird unten eingegangen werden.

thümer gegenüber begründet — possessio des ager publicus, precarium;

b) um dieselbe nur in bestimmter Weise zu gebrauchen, ohne Früchte aus ihr zu ziehen — superficies;

c) um dieselbe eventuell zu veräußern ohne Gebrauchsrecht — pignus.

3) Recht, auf einer Sache ohne Innehabung derselben gewisse Handlungen vorzunehmen und Theile aus ihr zu entnehmen;

a) das Recht ist dem Eigenthümer und Dritten gegenüber begründet — servitutes in patiendo (mit Ausnahme des usus fructus), Recht eines Glieds einer universitas an Sachen derselben (res quae in usu publico i. e. populi, aber auch municipum, sodalium sunt);

b) das Recht ist nur dem Eigenthümer und berechtigten Detentor der Sache gegenüber begründet — interdictum de glande legenda, de thesauro, de cloacis, quod vi aut clam, actio aquae pluviae arcendae (auf Gestattung der Ausräumung der Gräben und Reparatur des Dammes);

c) das Recht ist nur Dritten gegenüber begründet — precäre Gestattung einer Servitut.

4) Recht, die Vornahme bestimmter Handlungen auf einer Sache zu untersagen — servitutes in non faciendo, actio aquae pluviae arcendae, Verbot des Verbauens des Luftzugs, interdictum ne quid in flumine publico, actio de positis et suspensis.

5) Recht, eine fremde Sache zum eigenen Vortheil zu veräußern — hypotheca.

6) Recht, von dem Besitzer einer Sache die Vornahme gewisser Handlungen zu fordern,
a) Herausgabe der Sache,
α) mit Eigenthumsübertragung,
aa) wegen Delicts des Auctors — actio quod metus causa, actio Pauliana;
bb) wegen durch die Sache selbst zugefügten Schadens — noxae deditio;
cc) wegen öffentlichen Nutzens — Abtretung eines Grundstücks zur via publica, wenn diese zerstört ist;
β) ohne Eigenthumsübertragung — actio ad exhibendum;
b) Handlungen auf der Sache zum Vortheil der Nachbarn — interdictum de arboribus caedendis, actio aquae pluviae arcendae (auf Reinigung der Gräben, Herstellung eines Dammes), Erhaltung der tragenden Mauer, Hinwegräumung der die Ausübung der Servitut hindernden Sachen (l. 19. §. 1. de usufructu) — (Verpflichtung, eine via zum sepulcrum gegen Entgeld zu constituiren);
c) Ersatz des durch die Sache zugefügten — actio de pauperie, de pastu, in factum, und Cautionsbestellung wegen drohenden Schadens — cautio damni infecti;
d) Prästationen zu öffentlichen Zwecken — Unterhalten der an den Grundstücken vorbeiführenden Wege u. s. w., Grundsteuer, annona, Spanndienste u. s. w.;
e) Prästationen, welche als Entgeld für die Ueberlassung der Sache erscheinen — vectigal, canon, solarium, Zehnten. —

Das Subject eines solchen Rechts ist entweder:

1) eine einzelne concrete Person, und zwar

   a) für ihre Lebensdauer oder eine kürzere Zeit und ohne daß sie das Recht veräußern kann — Personalservituten;

   b) für immerwährend oder eine bestimmte Zeit und mit der Fähigkeit der Veräußerung und Vererbung — Eigenthum, emphyteusis, superficies etc. (usus einer juristischen Person?),

2) oder der Berechtigte ist durch das Eigenthum eines Grundstücks bestimmt,

   a) desselben, dessen Besitzer zu Leistungen verpflichtet ist — Zehnten, vectigal, canon, solarium,

   b) eines anderen Grundstücks — Realservituten, aquae pluviae arcendae actio, interdictum de arboribus caedendis, de glande legenda etc., cautio damni infecti etc.,

3) oder durch Statusverhältnisse — Glied des Volks, einer Gemeinde, Corporation, Vater (ususfructus des Vaters) — der Staat (Grundsteuer),

4) oder durch eine anderweite Berechtigung — pignus, hypotheca,

5) durch ein Beschädigtsein — actio de pauperie etc., actio quod metus causa etc.,

6) durch ein beliebiges Interesse — actio ad exhibendum.

Die Verbindung des Rechts mit der Sache erfolgt entweder durch Privatdisposition oder durch Rechtssatz, und zwar finden sich bei manchen dieser Verbindungen beide Entstehungsarten vor (Hypothek, Ususfructus).

Aus dieser Zusammenstellung ergiebt sich im Allgemeinen, in welcher umfassenden Weise das römische Recht dem oben

(S. 388) besprochenen Bedürfniß Rechnung getragen hat, speciell aber, daß dieses Recht keineswegs nur in der Art Rechtsverhältnisse mit Sachen verknüpft, daß dadurch „eine Minderung der in dem Eigenthum liegenden Rechte hervorgebracht wird" und diese Beschränkung nur auf dem „Willensacte" einer Person beruht, daß vielmehr durch die dem römischen Recht bekannten Verknüpfungen von Rechten mit Sachen dieselben Wirkungen hervorgebracht werden, welche wir im deutschen Recht als Resultate solcher Verknüpfungen vorfinden. Mithin liegt auch nach dieser Richtung eine principielle Verschiedenheit beider Rechte nicht vor.

Wenden wir uns nun zu der Betrachtung der Formulirung der diese Rechte normirenden Sätze und der Stellung derselben im System.

Es wird wol nicht leicht Jemand annehmen, daß die Römer von Anfang an von dem bestimmt erkannten Begriff des jus in re aliena ausgegangen seien und sich mit Bewußtsein jeder schaffenden Thätigkeit, deren Producte diesem Begriff widersprochen hätten, enthalten hätten. Der Begriff des jus in re beruht vielmehr auf einer wissenschaftlichen Abstraction aus dem vorhandenen Rechtsstoff. Geschaffen aber wurde dieser ursprünglich ohne Rücksicht auf die Wissenschaft mit Berücksichtigung des Bedürfnisses, geschaffen wurde er nicht als Ganzes, sondern im Einzelnen und auf die dieser Schaffung zu Grunde liegende Idee ist bei einer materiellen Beurtheilung einzugehen.

1) Die Benutzung des Ackers wird verhindert oder erschwert durch die Continuität des bebauten Landes. Man beugt diesem Mangel im allgemeinen Interesse vor durch rechtliche Unterbrechung dieser Continuität, indem man schmale,

die einzelnen Grundstücke berührende Streifen Landes von der privaten Benutzung ausschließt. Durch schlechte Ausführung dieser Weganlegung, Veränderung der Eigenthumsverhältnisse und andere Umstände kann diese Abhülfe leicht nicht als genügend zweckentsprechend erscheinen, und die einzelnen Grundstücksbesitzer suchen dem Nachtheile der Continuität dadurch abzuhelfen, daß sie von ihren Nachbarn die Erlaubniß erwerben, ihren Grund und Boden in der Art begehen, befahren, betreiben, Wasser über denselben führen zu dürfen u. s. w., als sei derselbe unoccupirtes Land. Der Zweck wird aber, wenn, wie das die Regel ist, die besondere Benutzungsart des eigenen Grund und Bodens nicht eine vorübergehende ist, nur dann erreicht werden, wenn die gegebene Erlaubniß eine unwiderrufbare, aber auch nicht an die Person der Eigenthümer der benachbarten Grundstücke, resp. deren Universalsuccessoren gebunden ist, sondern von jedem Eigenthümer und jedem Eigenthümer der Grundstücke so lange gewährt werden muß, als die beiden Grundstücke physisch existiren und rechtlich hinsichtlich des Eigenthums gesondert bleiben. Dieses Resultat erreichte man dadurch, daß man den Vertrag durch die Solennität des ältesten Rechts (die Mancipation) unter die Garantie des Volkes stellte und dessen Inhalt in der lex mancipationis perpetuirte. Diese Art der Perpetuirung durch Mancipation hatte aber auch noch einen wesentlichen Einfluß auf die Natur des Rechts selbst. Während bei einem einfachen Versprechen das Recht des Promissors darin bestanden hätte, von dem Eigenthümer zu verlangen, daß dieser ihn nicht verhindere, auf seinen Grund und Boden zu gehen, die Möglichkeit zu gehen also nur die thatsächliche Folge dieser Verhinderungsuntersagungsbefugniß gewesen wäre, so war nun durch die verba solemnia dem dieselben Aussprechenden absolut ein Recht zu gehen gegeben und aus diesem Rechte

folgt die Nichtbefugniß des Anderen, dieses Gehen zu untersagen [8]) — ganz in derselben Weise, als wenn durch einen Rechtssatz das Recht zu gehen festgestellt worden wäre [9]). Diese Consequenz sieht aber das Recht als so selbstverständlich an, daß die Klage gar nicht darauf gerichtet wird, ebenso wenig wie bei der Vorenthaltung einer eigenthümlichen Sache auf das Zurückgeben, sondern lediglich auf das Recht, während bei nicht solennisirten Obligationen die Klage auf das Nichtstören gerichtet ist: in rem actio im Gegensatz zu der in personam actio. — In den Inhalt einer Obligation kann auch die Verpflichtung des Promittenten aufgenommen werden, dafür zu sorgen, daß Dritte den Promissor nicht stören, als Consequenz des jus esse mihi kann aber eine derartige Verpflichtung nicht angesehen werden, aus diesem absolut ausgesprochenen jus muß vielmehr die Befugniß folgen, gegen jede Störung von Seiten eines Dritten sich selbst zu vertheidigen. Das Recht kann deßwegen nur als ein auf der Beziehung des Berechtigten zur Sache beruhendes angesehen werden, und daher bildete sich gerade für derartige Rechte der technische Ausdruck des jus in re [10]).

8) Dasselbe gilt von der Constituirung dieser Rechte durch in jure cessio.

9) Analogie: Der Käufer einer res mancipi hat das Recht, von dem Verkäufer zu verlangen, daß dieser ihm die Sache überlasse, und wenn er sie ihm überlassen hat, ihn nicht in dem Innehaben, dem Gebrauch, der Disposition über dieselbe störe. In Folge dieses Rechts hat der Käufer dem Verkäufer gegenüber (das Verhältniß zu Dritten bleibt vorerst unberücksichtigt) thatsächlich die Möglichkeit des Gebrauchs und der Disposition. Ist der Vertrag aber solennisirt, so hat der Käufer durch das Aussprechen der solennen Worte das Recht des Gebrauchs und der Disposition (Eigenthum) erlangt, und Folge davon ist, daß ihn der Verkäufer nicht stören darf.

10) Ebenso wird das Recht, da der Berechtigte durch das Verhältniß zu einer Sache gegeben ist, nach der anderen Seite hin als jus praedii bezeichnet.

2) Die Beschränktheit des Raumes innerhalb der Stadt, das Streben, denselben durch Aufführung von Gebäuden in möglichst umfassender Weise nutzbar zu machen, führen zur Feststellung nachbarlicher Verhältnisse in der Art, daß der eine Nachbar dem anderen zugesteht, seinen Grund und Boden oder sein Gebäude oder seinen Luftraum für sein Gebäude zu benutzen, oder sich verpflichtet, demselben nicht durch Errichtung von Gebäuden Luft und Licht zu entziehen. Dieselbe Rücksicht, welche zur Perpetuirung von Wegerechten führte, mußte auch zur Verbindung des Rechts mit dem Grund und Boden führen und zur rechtlichen Auffassung dieser Verbindung als jus in re. Die Nichtmöglichkeit der Bestellung eines solchen Rechts durch den ursprünglichen solennen Civilact scheint jedoch mit Bestimmtheit darauf zu deuten, daß ursprünglich diese Rechte sich ohne Berührung mit den Wegerechten selbstständig entwickelten.

3) Ein ganz anderes Moment liegt den s. g. Personalservituten zu Grunde, resp. deren erster und ursprünglichster, dem Ususfructus. Während bei den Realservituten die zeitliche Obligation perpetuirt wurde, entzog man hier dem Eigenthum seine begriffsmäßige Perpetuität und Abstraction. Schon früh mußte der Wunsch entstehen, nach dem Tode für den lebenslänglichen Unterhalt gewisser Personen zu sorgen, ohne daß man ihnen aber Vermögen in der Weise zuwenden wollte, daß sie über dasselbe freie Disposition unter Lebenden oder von Todes wegen hätten. Dieß durch eine Obligirung der Erben zu bewirken, hätte einerseits nicht genügende Sicherheit gewährt, andererseits aber mochte eine gewisse Art des Unterhaltes, die sich gleichsam als Fortsetzung eines früheren thatsächlichen Zustandes darstellte, als die geeignetste erscheinen und eine selbstständigere rechtliche Stellung des zu Bedenkenden, als derselbe durch ein bloßes Forderungs-

recht an den Erben gehabt hätte, wünschenswerth sein. Namentlich mußte dieser Wunsch Betreffs der überlebenden Wittwe von der Zeit an häufig werden, als die Ehe ohne Manus aufkam. Man wünschte der Wittwe den Genuß einer bisher schon thatsächlich mit dem Ehemann zusammen inne gehabten Sache sicherer und in unmittelbarer Weise zu hinterlassen und sie den erbenden Kindern oder Agnaten gegenüber selbstständig zu stellen, auf der anderen Seite aber auch die Sache selbst nicht über den beabsichtigten Zweck hinaus den Erben zu entfremden. Ususfructus war daher der entsprechende Ausdruck zur Bezeichnung des factischen Inhalts des zu schaffenden Zustandes. — Die Solennisirung und Garantirung des letzten Willens durch das Volk gab dem in demselben so bezeichneten thatsächlichen Verhältniß die rechtliche Kraft und es entstand dadurch ein Rechtsverhältniß des der Dauer nach beschränkten Eigenthums, als dessen nothwendige Consequenzen sich alle Sätze über Ususfructus herausstellen. Der Inhalt des Eigenthums war durch dieses Rechtsgeschäft nicht etwa zeitweilig getheilt, sondern in seiner Totalität zeitweilig vernichtet und ein neues Recht war entstanden. Es blieb nur der eine Theil des Eigenthums, die Nutznießung, bestehen, während auf der anderen Seite ein Recht auf die eventuelle totale Unterwerfung der Sache unter den rechtlichen Willen entstand [11]), welches als solches nicht in dem Inhalt des Eigenthums liegt. Es war nun ein zweifacher Weg, dieses Verhältniß juristisch zu construiren, vorhanden. Man konnte den Nutznießer, bei welchem ja der eine Theil des Inhalts des Eigenthums, und zwar der momentanen Auffassung nach der wichtigere, war,

11) Die Veräußerungsbefugniß besteht nicht daneben, da das Object der Veräußerung materiell nichts Anderes, als dieß Recht, und die Veräußerungsbefugniß eine Consequenz der allgemeinen Dispositionsfähigkeit über Rechte ist.

als Eigenthümer ansehen, der nur durch das Recht des Anderen beschränkt sei, und diese Auffassung muß, abgesehen von dem nachher zu erwähnenden Moment, als die einfachere erscheinen, wie wir im altgermanischen Recht diese Auffassung auch materiell bei Vergabungen mit vorbehaltenem Nießbrauch vorfinden [12]). Die Entstehung des Usus fructus durch letztwillige Verfügungen ließ aber die Römer zu einer anderen Auffassung gelangen. Wenn der pater familias seiner Frau oder einem Dritten den Usus fructus legirte, so wendete er diesen den Genuß einer Sache zu, welche dem Familienrecht nach, das hier durch Testament besonders anerkannt war, den Erben eigenthümlich zufiel. Das Legat hatte auch dieß Eigenthum nicht ausdrücklich aufgehoben, indem es dasselbe einem Anderen zuschrieb, die Sache selbst war, bis sie dem Legatar übergeben wurde, in der Hand des Erben, sie sollte später ihm zurückgegeben und seinem Willen total unterworfen werden, der Prätor gab ihm schon vorher durch die Caution, soweit sie sich auf ordnungsmäßigen Gebrauch der Sache bezog, eine Einwirkung auf die Sache — man kam dadurch dahin, den Erben als Eigenthümer aufzufassen, dessen Recht durch das des Legatars beschränkt sei, und dieses erschien daher als ein Recht an einer fremden Sache. Auf

12) Wenn nämlich auch die Uebertragungsformeln unter Anwendung römischer Terminologien bei den s. g. traditiones a die praesente von einem Uebertragen des Eigenthums sprechen, so geht doch aus der Befugniß des Tradenten, im Fall ächter Noth zu veräußern, die Natur des Rechts desselben als durch das Wartrecht des Anderen beschränkten Eigenthums hervor, ähnlich wie bei der mortis causa traditio. (Der Unterschied zwischen beiden ist meist nur ein formeller, auf der Wahl der Formel durch den Notar beruhender.) Das Dispositionsrecht des Tradenten ist durch das Wartrecht beschränkt, ächte Noth hebt diese Beschränkung (wie die durch den nächsten Erben) auf, es tritt das Dispositionsrecht daher wieder unbeschränkt hervor. S. u. §. 38.

diese Weise war ein Eigenthum anerkannt, dessen Inhalt in einer eventuellen Vindication bestand (proprietas in der engeren Bedeutung), und ein dingliches Recht, welches seinen Inhalt aus dem Inhalt des Eigenthums nach Abzug des Moments der Perpetuität (in welchem die Dispositionsfähigkeit liegt) genommen hatte. —

Die perpetuirten Wegerechte und der Ususfructus entstanden demnach aus ganz verschiedenen Rücksichten durch verschiedene logische Operationen und waren ihrem Inhalt und ihrer Dauer nach gänzlich von einander verschieden. Sie trafen sich nur in der bei beiden vorhandenen directen Beziehung zur Sache selbst. Dieses lediglich äußere Moment würde aber an sich noch nicht zur gemeinsamen Behandlung beider geführt haben; diese wurde erst ermöglicht, als den vorhandenen gemäße und an diese sich anschließende neue Rechtsbildungen entstanden, welche ihrem Inhalte nach sich einander näherten oder wol gar nach der einen Seite übereinstimmten. Statt der Befugniß, eine Sache ihrer Totalität nach salva substantia zu gebrauchen und Früchte aus ihr zu ziehen, war es auch möglich, einem Recht nur einige der in dem Eigenthum liegenden Gebrauchsbefugnisse (usus) als Inhalt zu geben, auf der anderen Seite aber auch eine Obligation nicht bloß auf Beschreiten eines fremden Grundstücks, sondern auch auf anderweite Handlungen, die auf einem nicht im Privateigenthum stehenden Grundstück zum Besten der Landwirthschaft vorgenommen werden können, zu perpetuiren. Holzungs- und Weiderecht konnte als usus oder als jus praedii constituirt werden, und zwar in für das Object der Befugniß völlig gleicher Weise. Das unterscheidende Merkmal der verschiedenen Bestimmung des berechtigten Subjects und darnach der Dauer des Rechts wurde dadurch in den Hintergrund gedrängt und mit Absehen von diesem Moment eine gleiche Behandlung

der verschiedenen als Servituten bezeichneten Rechtsverhältnisse angebahnt.

4) Wer von einer Commun ein Grundstück gepachtet hatte, konnte sich selbst gegen fremde Störungen schützen und hatte selbst gegen die Verpachter eine dingliche Klage, auch wurde der Pacht häufig auf immerwährend abgeschlossen. Wenn daher äußerlich das Rechtsverhältniß noch als Pacht erschien, indem der Eigenthümer einem Anderen sein Grundstück zur Fruchtziehung überließ und dagegen jährliche Präſtationen erhielt, so war doch die rechtliche Stellung der Contrahenten, resp. der Rechtsnachfolger derselben, eine ganz andere, als die der rein obligatorisch mit einander verbundenen Verpachter und Pachter. Ein selbstständiges, unmittelbar auf die Sache gerichtetes Recht war gegründet worden — ein eigentliches jus in re. Dieses Recht war, wenigstens wenn es ohne Zeitbeschränkung bestellt war, alienirbar und die Verpflichtung zur Zahlung des vectigal ging auf den Erwerber über. Die spätere Emphyteuse, welche auch von Privaten bestellt werden konnte, construirt sich wesentlich in derselben Weise. Der Verf. hält die Emphyteuse für ein ursprünglich nicht römisches Rechtsinstitut und behauptet, „die merkwürdige Thatsache, daß die römischen Juristen trotz ihrer sonstigen Meisterschaft im Individualisiren gar nicht im Stande zu sein schienen, die individuelle Natur des emphyteutischen Contracts zu begreifen, und darüber im Zweifel seien, ob derselbe als emtio venditio oder als locatio conductio anzusehen sei, zeige zur Genüge, wie fremd derartige Rechtsverhältnisse der römischen Anschauungsweise seien." Mögen auch die ersten als Emphyteuse bezeichneten Grundstücke außerhalb Italiens verliehen worden sein, mag ein Anschluß an auswärtige Rechtszustände stattgefunden haben, von den agri vectigales wird dieß doch sicherlich Niemand zu behaupten wagen. Die er-

wähnte Controverse bestand aber schon in Betreff der agri vectigales[13]. Diese Controverse berührt übrigens die Natur des Rechts an der Sache nicht, über welche ein Zweifel nicht herrschte[14], sondern bezog sich, wie aus der Constitution Zeno's deutlich hervorgeht, auf die Tragung der Gefahr, über welche der Kaiser aus der Natur des Verhältnisses consequente Grundsätze entwickelt.

5) Demjenigen, welcher auf längere Zeit oder auf immerwährend ein Gebäude gemiethet oder auf fremdem Grund und Boden in Folge Vertrags mit dem Eigenthümer[15] ein Gebäude errichtet hat, stehen ebenfalls selbstständige Schutzmittel seines Gebrauchsrechts auch dem Eigenthümer gegenüber zu, es wird daher auch dem Superficiar ein jus in re zugeschrieben.

6) Grundlage des Credits ist in den meisten Fällen das Vermögen des Schuldners, und wegen der absoluten Natur dieses Vermögenstheiles namentlich die Gesammtheit der in

---

13) Gajus III. §. 145—147. Der Argumentation des Verfs. nach müßte man auch den Contract, durch welchen Gladiatoren vom Eigenthümer gegen Entgeld zum Kampfe hergegeben wurden, oder den Contract, welcher mit einem Goldschmied über Ringe, die er aus seinem Golde fertigen sollte, abgeschlossen wurde, als fremden Ursprungs und den Römern unconstruirbar erklären, denn auch in diesen beiden Fällen war es controvers, ob Kauf oder Miethe vorliege, und Gajus (a. a. O.) führt diese Verträge mit der locatio in perpetuum zusammen als Belege für den Satz an, wie schwer es sei, zwischen den nahe verwandten Contracten Kauf und Miethe zu unterscheiden.

14) Auch wenn man den Vertrag, wie es, streng genommen, richtiger war, als emtio venditio construirte, brauchte man nicht den Uebergang des Eigenthums anzunehmen. Vergl. Büchel, Civilrechtliche Erörterungen. Hft. III. S. 34 N. 3.

15) Auf öffentlichem Grund und Boden genügte die Nichteinlegung eines Widerspruches oder eines Verbotes. l. 2 §. 17. l. 7 ne quid in loco publico.

dem Eigenthum des Schuldners stehenden Sachen. Der Gläubiger kann sich einfach mit dem Bewußtsein der durch das Vorhandensein des Vermögens und speciell der eigenthümlichen Sachen ermöglichten Tilgung der Schuld begnügen, er kann aber auch mit Hinblick darauf, daß der Schuldner durch vorgängige Veräußerung der Sachen sich außer Stand setzen kann, die Obligation zu erfüllen, die Sachen oder eine Sache des Schuldners in der Art mit der Obligation in Verbindung zu setzen suchen, daß der Sache der Credit gegeben zu sein scheint, diese thatsächlich obligirt ist. Diese thatsächliche Absicht gibt den Römern Veranlassung, von einer obligatio rei zu sprechen. Sie wird dadurch rechtlich erreicht, daß eine Disposition über die Sache von Seiten des Schuldners ausgeschlossen oder als der Realisirung der Forderung nicht nachtheilig erklärt wird. Zu dem Ende müssen besondere Rechtsgeschäfte vorgenommen werden. Das unbeholfene alte Recht, welches keinen anderen staatlichen Schutz eines Rechts kannte, als den des durch Mancipation entstandenen Eigenthums (s. o.), ließ das Eigenthum der Sache an den Gläubiger übertragen und verpflichtete diesen durch den Uebertragungsact resp. die denselben normirende Lex zur Rückübertragung für den Fall der Tilgung der Forderung. Diese Art der rechtlichen Effectuirung der thatsächlichen obligatio rei blieb für das spätere Recht maßgebend. Nachdem durch die rechtliche Anerkennung der ohne Mancipation erfolgenden Tradition (s. o.) auch die Möglichkeit gegeben war, nicht nur das Eine rechtliche Verhältniß zu der Sache, das dominium zu schaffen, sondern in das Recht an der Sache selbst beschränkende Momente hinsichtlich der Ausdehnung und der Dauer aufzunehmen und dadurch das Recht selbst zu modificieren (nicht nur neben dem vollen Recht an der Sache hergehende obligatorische Beschränkungen des ersten Erwerbers

der Sache — pactum remancipationis — zu schaffen), bildete sich das pignus aus. Wie durch Bestellung des Ususfructus (s. o. S. 397), wird auch durch Bestellung eines Faustpfandes der Inhalt des Eigenthums zeitweilig in seiner Totalität vernichtet. Der Pfandschuldner erhält hier, wie dort, ein neues, nicht in dem Eigenthum liegendes, eventuelles Rückforderungsrecht, der Pfandgläubiger erhält einen Theil der in dem Eigenthum liegenden Rechte, das Recht zu besitzen, und das Recht eventuell zu alieniren, während er das Recht die Sache zu benutzen, nicht erhält, dieses vielmehr zeitweilig ganz untergeht (beim Ususfructus geht ein anderer Theil der in dem Eigenthum liegenden Rechte, das Recht, die Sache — s. N. 11 — zu veräußern, unter). Leichter aber, als beim Ususfructus, war die Entscheidung der Frage, welche von beiden Personen man als Eigenthümer auffassen sollte. Die Benutzung der Sache, die „realste Seite der Ausübung der Herrschaft," um mit Bluntschli zu sprechen, war nicht auf den Pfandgläubiger übertragen, und obgleich dieselbe auch nicht beim Pfandschuldner zurückblieb, so erschien der Verlust derselben doch nicht als unmittelbare Consequenz aus der der Pfandbestellung zu Grunde liegenden Idee, sondern als thatsächliche Folge der Besitzübertragung. Das Recht dazu konnte deßwegen immer als vorhanden, und nur seine Ausübung als thatsächlich unmöglich gemacht aufgefaßt werden. Es erschien mithin als völlig naturgemäß, daß man den Pfandschuldner als Eigenthümer, das Recht des Pfandgläubigers aber als jus in re aliena construirte. Durch diese Construction war nun aber auch die Möglichkeit gegeben, von der Besitzübertragung ganz zu abstrahiren, und, was bei der Fiducia durch precäre Ueberlassung der Sache schon möglich gewesen, (vielleicht nach diesem Vorbild) ein Pfandrecht, durch

welches dem Schuldner die Benutzung der Sache nicht entzogen wurde, auszubilden — die Hypothek.

Das gemeinsame Merkmal aller dieser Rechte (1—6) ist die Befugniß der Einwirkung auf eine fremde Sache, ohne daß dieselbe durch ein Rechtsverhältniß zu einer Person vermittelt wird. Die Befugniß der directen Einwirkung auf eine fremde Sache wird daher auch als Inhalt des jus in re aliena aufzustellen sein. Dieser Begriff ist nun aber nach zwei Seiten hin zu untersuchen; es sind die engeren Begriffe, welche er umfaßt, zu betrachten, und namentlich ist zu fragen, ob als solcher der Begriff der Servituten erscheint, ferner aber ist zu untersuchen, ob dieser Begriff nur die erwähnten Rechte umfaßt.

Zerlegt man den Begriff, indem man ihn durch Herbeiziehung neuer Merkmale beschränkt, berücksichtigt man also den Umfang der dem Berechtigten zustehenden Befugnisse [16], die Möglichkeit der Veräußerung des Rechts [17], die Entstehung desselben [18], seine Dauer [19], die Bestimmung der Per-

---

16) Dadurch gewinnen wir folgende engere Begriffe:

1) Recht, die Sache ihrem ganzen Umfange nach zu gebrauchen — ususfructus, emphyteusis,

2) Recht, gewisse Gebrauchshandlungen vorzunehmen — servitutes in patiendo, mit Ausnahme des Ususfructus, superficies,

3) Recht, die Sache unter gewissen Voraussetzungen zu veräußern — pignus, hypotheca,

4) Recht, gewisse Handlungen zu untersagen — servitut. in non faciendo.

17) 1) Unveräußerlich sind Servituten und Pfandrecht,

2) veräußerlich Emphyteuse, Superficies.

18) 1) Durch Rechtsgeschäft entstehen alle dinglichen Rechte,

2) durch Rechtssatz können entstehen: Ususfructus und Pfandrecht.

19) 1) Die Dauer ist begrifflich beschränkt auf das Leben einer Person — Personalservituten.

son des Berechtigten [20]) — durch keine dieser Operationen erhält man einen engeren Begriff, welcher lediglich die Servituten umfaßte. Wir können solche Begriffe nur gewinnen für die Personalservituten — dingliches unveräußerliches Recht, welches einer bestimmten Person nicht über ihre Lebensdauer zusteht — und für die Realservituten — dingliches Recht, welches dem Eigenthümer eines Grundstücks als solchem zusteht. Diese Begriffe haben daher auch ihre innere Rechtfertigung und Bedeutung im System, während diese dem Gesammtbegriffe der Servituten abgeht. (Der Umstand, daß die Servituten die einzigen dem alten Civilrecht bekannten jura in re aliena waren, ist für das ausgebildete System gleichgültig und interessirt bei einer Vergleichung mit fremden Rechten nicht.) Da jedoch gewisse Sätze für Real- und Personalservituten sich entweder ausschließlich ausgebildet haben oder doch hauptsächlich [21]) bei ihnen zur Anwendung kommen, so mag eine gemeinsame Behandlung derselben aus Nützlichkeitsrücksichten gerechtfertigt sein, die Art und Weise, wie die römischen Juristen die Servituten be-

---

2) Die Dauer ist bedingt durch das Bestehen eines Forderungsrechtes — Pfandrecht.

3) Die Dauer ist begrifflich eine immerwährende:

a) das Recht ist vererblich und veräußerlich — Emphyteuse, Superficies;

b) es ist an das Bestehen eines Grundstückes gebunden — Realservituten.

20) 1) Der Berechtigte ist entweder eine bestimmte Person — Personalservitut-Berechtigter, Emphyteuta, Superficiar, Pfandgläubiger,

2) oder der Eigenthümer eines Grundstückes — Realservitut-Berechtigter.

21) So gehört die Vorschrift des civiliter uti keineswegs allein der Servitutenlehre an. Der Satz servitus in faciendo consistere nequit gilt von den dinglichen Rechten als solchen.

handeln, ist daher auch vollständig sachgemäß, und es darf denselben nicht der Vorwurf gemacht werden, „daß sie auf halbem Wege stehen geblieben seien," jedes „Bestreben der heutigen Jurisprudenz einen gemeinsamen Grundbegriff aller Servituten aufzustellen [22])," muß vielmehr als resultatlos erscheinen; und so stellt sich denn auch in der That jede Definition der Servituten als eine Summe von zwei Begriffen dar, welche ihre Einheit nur in dem allgemeinen Begriffe des dinglichen Rechts finden [23]). —

Gehen wir nun auf die zweite Frage über, ob der aufgestellte Begriff des jus in re sich auf die vier Arten von Rechten beschränkt, welche man gewöhnlich allein darunter faßt, so sind zuerst gewisse Beziehungen von Personen zu fremdem Grund und Boden, welchen sie vollständig gebrauchen, zu betrachten.

1) Der Besitz des ager publicus ist bekanntlich eine dunkle Partie des römischen Rechts. Wie Vieles aber auch in Betreff desselben räthselhaft sein mag, er stellt sich als ein Dritten gegenüber geschützter Zustand dar, und würde insofern unter den Begriff des dinglichen Rechts fallen. Daß er nicht als solches aufgefaßt wurde, liegt wol darin, daß er dem Eigenthümer gegenüber nicht geschützt war, resp. nicht an der Substanz des Grund und Bodens schlechthin, sondern nur an dem die rechtliche Eigenschaft der res publica tragenden Boden begründet war. Die richtige Anschauung des Verhältnisses dürfte sich nämlich wol durch einen Vergleich des öffentlichen Acker- (und Weide-)Landes mit den übrigen res publicae ergeben. Das Glied der universitas, des populus

---

22) Elvers, Die römische Servitutenlehre. S. 23.

23) S. z. B. die neuesten Versuche. Elvers, a. a. O. §. 35 und Kuntze in der Recension dieses Werkes in der Heidelberger krit. Zeitschr. Bd. II. S. 243.

hat als solches ein Recht, die res publicae zu benutzen[24]), und zwar ihrer Natur nach in ihrem vollen Umfange, aber freilich besteht dieß Recht nur an den res publicae, hört also auf, wenn diese Eigenschaft verloren geht. Der Staat kann ihnen diese Eigenschaft dadurch entziehen, daß er sie veräußert, z. B. einen öffentlichen Weg verkauft. Das Ackerland kann seiner Natur nach nicht von Allen seinem ganzen Umfange nach benutzt werden, deßwegen beschränkt sich das Recht des einzelnen civis auf das Recht, ein Stück in Besitz zu nehmen (oder verliehen zu erhalten) und das besessene Stück zu benutzen, und er hat als weitere Consequenz eine ausschließliche Benutzung. Der Staat kann aber auch, wie jede res publica, so auch einen beliebigen Theil des ager publicus in Privatland verwandeln (durch Assignation, Anlegung von Colonien), oder demselben eine andere Bestimmung geben, z. B. eine Straße darauf anlegen, und dadurch hört das Recht des Besitzers an demselben auf. Ohne eine solche Verwandlung mag eine Entziehung des benutzten ager publicus ursprünglich nicht möglich gewesen sein[25]); dieß ist die Tendenz der späteren agrarischen Gesetze.

---

24) Der Unterschied, daß das Nutzland nur von den berechtigten Gliedern des römischen Volkes benutzt werden konnte, der Gebrauch der sonstigen res publicae aber jedem Einwohner, auch dem Fremden, zugestanden wurde, ist nur ein zufälliger. Die Natur der Sache brachte diese Gestattung des Gebrauches mit sich. Rechtlich geschützt durch die Möglichkeit der Anstellung einer Popularklage war nur das berechtigte Volksglied (s. o. §. 27 N. 60), in Betreff der Municipalsachen der Municeps.

25) Die Entziehung, welche der Anweisung des ager Trientius Tabuliusque (Livius XXXI, 13) nothwendig vorhergehen mußte, bildet nur scheinbar eine Ausnahme. Die Grundstücke waren den Staatsgläubigern zu eigen gegeben worden, die Auferlegung des nominellen Vectigal war nur zu ihren Gunsten (ut si quis, quum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum

2) Auch über das Verhältniß der Clienten zu dem von ihnen bebauten Grund und Boden wissen wir nichts Genaues. Jedenfalls beruhte aber dasselbe auf ihrer persönlichen Stellung zu dem Herrn des Bodens, vermöge welcher sie durch ihn vertreten und geschützt wurden, ohne ihm gegenüber staatlich geschützt zu sein, deßwegen bildet sich auch ein Recht an dem Grund und Boden nicht aus, während ihre Stellung durch die Sitte geschützt war.

3) Den Colonen der späteren Zeit wurde kein dingliches Recht am Grund und Boden zugeschrieben, aber Savigny gibt selbst zu, daß ihr Recht materiell dieselbe Natur gehabt habe. Ob die Untrennbarkeit vom Gute, die Nichterhöhbarkeit des Canon aus polizeilichen und finanziellen Gründen erklärt wird oder auf einem ursprünglichen Privatrecht der Colonen beruht, ist hierbei gleichgültig, beruft man sich ja doch auch im germanischen Recht auf die erstere Rücksicht, um die Unlöslichkeit anfänglich obligatorischer Rechtsverhältnisse und damit deren Dinglichmachung zu begründen. Hätte die römische Jurisprudenz zur Zeit der Ausbildung des Colonats noch ihre schöpferische Kraft gehabt, sie würde sicherlich die Dinglichkeit ausgesprochen haben.

Wie die besprochenen Rechte sich dem Ususfruct und der Emphyteuse nähern, so findet sich eine Reihe von Rechten, welche mit den Realservituten Aehnlichkeit haben.

1) Am unverkennbarsten ist diese Aehnlichkeit bei den Rechtsverhältnissen Betreffs der aqua pluvia. Die XII Tafeln schon, wird uns berichtet, stellten einen Rechtssatz auf zum Schutz des Ackerbaues gegen den schädlichen Lauf des

---

populo) erfolgt, damit sie später die Einlösung, richtiger den Rückkauf, wenn es ihnen gut scheinen würde, verlangen können. Das Geschäft hat einige äußere Aehnlichkeit mit der germanischen Satzung.

Regenwassers. Wer auf seinem Grundstück Anlagen vorgenommen hatte, welche den Regenwasserlauf zum Nachtheil eines anderen Grundstücks veränderten, wurde von dem Eigenthümer desselben mit der aquae pluviae arcendae actio zur Restituirung genöthigt. Die Interpretation erst (jedoch schon früh) mag die Klage dahin ausgedehnt haben, daß sie gegen den Eigenthümer, auch wenn er nicht selbst die Anlage vorgenommen, und zwar auf Duldung der Restitution ging. Später wurde die Klage auch bei Veränderung des Wasserlaufes durch natürliche durch das Wasser selbst herbeigeführte Ereignisse gegeben, namentlich wenn das Wasser Anlagen, die zur Regelung des Wasserlaufes errichtet waren[26]), zerstört hatte. Durch einen Rechtssatz ist hier also ein Rechtsverhältniß begründet, wie ein solches sonst nur durch Servitutsbestellung entsteht — eine rechtlich geschützte directe Einwirkung auf fremden Grund und Boden. Warum faßte man dieß Rechtsverhältniß nicht als ein Recht an der Sache selbst auf und gab zu dessen Geltendmachung eine dingliche Klage? Daß der Berechtigte daneben noch ein anderes Recht haben konnte auf ein facere des Verpflichteten, war nicht, wie R. Elvers[27]) meint, ein Hinderniß, den dinglichen Charakter des Rechts anzuerkennen und demselben die Verfolgbarkeit gegen jeden Dritten zu gewähren, es hätte ja neben dem dinglichen noch ein persönliches Recht auf ein facere anerkannt werden können[28]). Der Grund scheint mir vielmehr darin zu

26) Die vielbestrittene rechtliche Entstehungsart dieser Anlagen (lex, l. 1 §. 23. l. 2 pr. de aqua; jure, l. 2 §. 7 ibid.) interessirt hier nicht, ebenso wenig die Verpflichtung desjenigen, auf dessen Boden dieselben sich befinden, zur Instandhaltung derselben.

27) Die römische Servitutenlehre. S. 294.

28) Mit der Behauptung, daß die „gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen" polizeilicher Natur seien, daß ihnen eine publici juris ratio zu Grunde liege, ist nichts gewonnen, denn auch den meisten

liegen, daß das Rechtsverhältniß nicht durch ein Rechtsgeschäft begründet, sondern durch einen Rechtssatz allgemein da geschaffen war, wo die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Entstehung vorlagen. Ein Zweifel über die Existenz des Rechts und dessen Umfang konnte daher nie vorkommen [29]), streitig konnte nur seine Ausübung im einzelnen Falle werden. Die dingliche Klage geht aber ihrer Natur nach immer auf das Recht selbst, eine solche war also hier unmöglich. Trotzdem liegt ein in jeder Weise geschütztes dingliches Recht vor. Zum Schutz dienen zwei Rechtsmittel, die aquae pluviae arcendae actio und das interdictum quod vi aut clam.

Die aquae pluviae arcendae actio ist gerichtet auf das restituere des alten Wasserlaufes. Auf dieses kann wirksam nur gegen denjenigen geklagt werden, welcher zu Veränderungen auf dem Grund und Boden, auf welchem sich die Anlage befindet, berechtigt ist, also gegen den Eigenthümer, den

---

Realservituten, resp. dem Satze, daß solche Servituten rechtlich anerkannt und geschützt werden, liegt die Anerkennung eines nationalökonomischen Bedürfnisses zu Grunde. Das Interesse, auf welchem die Anerkennung der Möglichkeit der Bestellung einer Wegeservitut beruht, ist sicherlich ein ebenso sehr das öffentliche Wohl berührendes, als dasjenige, welches die Sätze über die aqua pluvia oder die glans legenda hervorgerufen. So lange aber auf die Ausübung eines aus einer „gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung" hervorgehenden Rechts verzichtet werden kann (selbst dauernd, z. B. durch Bestellung einer Servitut), erscheint auch die Rücksicht auf das öffentliche Wohl nur als secundäre: das öffentliche Wohl soll mittelbar durch die Beförderung des Wohls des Einzelnen erreicht werden.

29) Anders bei dem gesetzlichen Pfandrecht und dem gesetzlichen Nießbrauch. Obgleich das Recht auf dem Rechtssatze beruht, so ist doch hinsichtlich der Objecte und der Voraussetzungen des Rechts eine Controverse möglich, und das Recht selbst und sein Umfang kann in Abrede gestellt werden.

possessor eines ager occupatorius und vectigalis[30]), den Emphyteuta (und den Usufructuar, wenn dieser selbst die Veränderung vorgenommen hatte), folglich kann auch nur gegen diese die Klage gegeben sein. Dieß genügt an sich aber auch vollständig, um die Dinglichkeit des Rechts in der oben entwickelten Bedeutung dieses Ausdruckes zu begründen, denn was ist das Recht, von jedem Eigenthümer, Emphyteuta u. s. w. zu verlangen, daß er die Herstellung des alten Wasserlaufes dulde, Anderes, als das Recht, auf die Sache direct einzuwirken, von der Seite seiner rechtlichen Geltendmachung aufgefaßt. Der Inhalt dieses dinglichen Rechts ist nun freilich nur, soweit eine Thätigkeit des Eigenthümers u. s. w. selbst in Frage kömmt, eine Untersagungsbefugniß, hat ein Anderer das Opus errichtet, so besteht das Recht, da der Berechtigte das Opus auf eigene Kosten wegschaffen muß, nur in der Befugniß, eine patientia des Beklagten zu verlangen.

Das andere Rechtsmittel ist das interdictum quod vi aut clam. Dieses ist zwar nicht auf die Veränderung des Wasserlaufes beschränkt, sondern allgemein gegeben. Es ist, formell betrachtet, das Mittel, ohne Wissen und gegen Verbot des Impetranten errichtete Anlagen an Grundstücken zu beseitigen. Das Interdict ist jedoch nur dann gegeben, resp. kann nur dann mit Wirksamkeit angestellt werden, wenn die heimlich oder gegen Verbot vorgenommene Handlung eine Rechtsverletzung involvirt[31]). Das Eigenthümliche des Interdicts quod vi aut clam besteht aber darin, daß die Klage aus einer solchen Rechtsverletzung, sobald sie ohne Wissen des

30) A. Schmidt (von Ilmenau), Civilistische Abhandlungen. S. 155. (Vergl. S. 149 u. 108.)

31) Vergl. Francke, Archiv f. civilist. Pr. Bd. XXII. Nr. XIV. Das Folgende ist eine weitere Ausführung des a. a. O. S. 364 aufgestellten Satzes.

Impetranten oder gegen dessen Verbot verübt wurde, nach zwei Richtungen hin ausgedehnt ist. Einmal geht sie nicht nur gegen den Delinquenten, sondern auch gegen jeden Besitzer des Opus. Ferner aber, wenn neben demjenigen, dessen Recht verletzt ist (z. B. dem Eigenthümer), durch die Rechtsverletzung einer anderen Person Schaden zugefügt wird, welche entweder von demjenigen, dessen Recht verletzt ist, verlangen kann, daß er sie gegen diesen Schaden schütze (z. B. der Pachter), oder welche, ohne eine Klage darauf zu haben, in Folge ihres Verhältnisses zu demselben erwarten kann, von ihm geschützt zu werden (z. B. der Precarist) [32]) — welche also namentlich verlangen oder erwarten kann, daß derselbe in ihrem Interesse klage oder ihr seine Klage aus der Rechtsverletzung cedire — so hat auch diese andere Person eine selbstständige Klage unter der Voraussetzung, daß die die Rechtsverletzung involvirende Handlung gegen ihr Verbot oder ohne ihr Wissen erfolgt ist. Wo deßwegen das Interdict ausdrücklich als zuständig und somit als wirksam bezeichnet wird, ist ein Recht anerkannt. Das Interdict ist nun aber ausdrücklich bei jeder schädlichen Veränderung des Wasserlaufes gegeben und geht gegen jeden, welcher die schädliche Handlung vorgenommen hat, auf Schadensersatz und Restitution auf dessen Kosten. Das dadurch anerkannte Recht hat mithin als Inhalt nicht nur die Befugniß, von dem Eigenthümer die patientia für Hinwegräumung des Opus auf eigene Ko-

32) Die Römer unterscheiden diese beiden Fälle und erklären, daß in dem ersteren Falle die Ausdehnung des Interdicts näher liege (innerlich mehr gerechtfertigt sei), als im zweiten. L. 11 §. 12 quod vi aut clam: ergo et si conduxit, multo magis (vorher ist vom Precaristen die Rede); l. 13 §. 4 ibid.: si mihi concesseris, ut ex fundo tuo arbores caedam — quod facilius erit admittendum, si a te emi vel ex aliquo contractu hoc consecutus sim, ut mihi caedere liceat.

sten oder für den Fall, daß der Eigenthümer u. s. w. selbst die Anlage errichtet hat, auf dessen Kosten, zu verlangen (s. o. S. 411), sondern die Befugniß, jede den Wasserlauf verändernde Handlung zu untersagen. Das Recht, wie es aus den über die aquae pluviae arcendae actio und das interdictum quod vi aut clam aufgestellten Rechtssätzen erkennbar ist [33]), ist also in derselben Weise activ und passiv mit dem Grund und Boden verbunden, wie dieß bei den Realservituten der Fall ist. Der Unterschied hinsichtlich der Geltendmachung dieser Rechte ist ein äußerlicher, eine verschiedene Natur des Rechts nicht voraussetzender. Er liegt einerseits in der Ausdehnung der Activ-Sachlegitimation, andererseits darin, daß, wenn das Recht in seinem vollen Umfange geltend gemacht werden soll, die nicht von dem Eigenthümer, Emphyteuta (dem mit der aquae pluviae arcendae actio Belangbaren) vorgenommene Störung gegen Verbot oder ohne Wissen des Impetranten erfolgt sein muß, und letzteres Requisit immer, wenn Ersatz des vor der litis contestatio entstandenen Schadens gefordert wird, vorhanden ist.

2) Der Prätor erkannte in mehreren Fällen die Befugniß an, auf fremdem Grund und Boden Handlungen vorzunehmen, Bäume, deren Zweige überhän-

33) Daß die Römer das interd. qu. v. a. cl. wirklich als ein Mittel, die über den Regenwasserlauf aufgestellten Rechtssätze zu realisiren, aufgefaßt haben, geht aus der l. 22 pr. de aqua hervor. Dem Usufructuar des berechtigten Grundstücks wird die a. pl. a. a. als utilis dann gegeben, wenn er (weil er das Opus unter seinen Augen hat errichten lassen) das Interdict nicht hat, durch dessen Gewährung sein Recht sonst für genügend geschützt erachtet wird. — Die a. pl. a. a. und das Interdict können neben einander angestellt werden, jene gegen den Eigenthümer auf patientia, dieses gegen den Störer auf Ersatz der Kosten der Restitution und auf den Schaden vor der Litiscontestation.

gen, abzuschlagen, vergrabene Werthgegenstände (uneigentlich als Schatz bezeichnet) auszugraben, übergefallene Früchte aufzulesen. Der für die aqua pluvia angeführte Grund stand auch hier der Gestattung einer dinglichen Klage und damit der formellen Anerkennung eines dinglichen Rechts entgegen. Nichtsdestoweniger hat das durch Interdicte geschützte Recht die Natur eines dinglichen. Die interdicta de arboribus caedendis, de thesauro, de glande legenda lassen sich ihrem Wesen nach den dem Besitzer einer Sache oder Quasibesitzer einer Servitut zustehendem Interdicte an die Seite stellen. Sie sind, wie jene, die Mittel, die Ausübung eines Rechts zu realisiren, ohne daß über die Existenz des Rechts selbst gehandelt wird. Sie unterscheiden sich jedoch dadurch von ihnen, daß die Schemata derselben, wie sie in dem Edict aufgestellt waren, nicht gegen Jedermann gerichtet waren, sondern nur gegen bestimmte Personen. Dieß erklärt sich dadurch, daß die Interdicte des Besitzers und des Quasibesitzers den dinglichen Klagen, welche dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten zustanden, nachgebildet waren [34]); daher die allgemeine Fassung. Die anderen Interdicte dagegen entstanden selbstständig und wurden zunächst so formulirt, wie das Bedürfniß vorlag, ohne daß dadurch aber der Prätor sich die Hände gebunden hätte, nöthigenfalls ein anders formulirtes Interdict (vielleicht als utile) zu ertheilen. Das interd. de arboribus caedendis bei städtischen Grundstücken [35]) kann seiner Natur nach, da es an die Bedingung geknüpft ist, daß der Beklagte nicht selbst den schädlichen Baum entfernt, nur

34) Competit hoc interdictum (de aqua quotidiana) adversus eum qui prohibet — et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non — nam et, si servitus coepit, adversus quemcunque posse vindicari. L. 1 §. 25 de aqua quotidiana.

35) S. u. N. 41.

gegen den Eigenthümer gerichtet sein. Das Schema des interd. de thesauro kennen wir nicht; aus seiner Zusammenstellung mit der actio ad exhibendum [36]) geht aber hervor, daß es auch gegen jeden Detentor gehen mußte. Dasselbe muß man aber auch bei dem interd. de glande legenda annehmen. Schmidt [37]) beruft sich dafür, daß es nur gegen den Eigenthümer gehe, auf die Worte des Edicts. Die Zusammenstellung mit der actio ad exhibendum [38]), ohne daß hier der Jurist einen Unterschied hinsichtlich der Anstellbarkeit macht, sowie die Natur des Verhältnisses [39]) drängt aber zu der Annahme, daß es gegen jeden Detentor gegeben worden sei.

3) Die der späteren Rechtsbildung angehörenden Sätze, welche das Verbauen des Lichts und der Aussicht [40]), sowie des Luftzugs untersagen [41]), beruhen auf einem den

36) L. 15 ad exhibendum.

37) Das Interdictenverfahren. S. 153.

38) L. 9 §. 1 ad exhibendum.

39) Wenn auch die XII Tafeln die Klage auf den Eigenthümer beschränkt haben mögen, was freilich aus den Worten, mit welchen Plinius die Bestimmung des Gesetzes erwähnt (ut glandem in fundum alienum procidentem liceret colligere), nicht ersichtlich ist, so ist doch kaum anzunehmen, daß die freiere prätorische Rechtsbildung, nachdem sie sich einmal mit diesem Satze beschäftigt, dem dringenden Bedürfniß, gegen jeden Detentor geschützt zu sein, nicht Rechnung getragen hätte. Es ist nicht denkbar, daß dem Usufructuar und Pachter gegenüber nur die actio ad exhibendum möglich gewesen wäre, wodurch sowol diese selbst, als der klagende Obsteigenthümer in eine schlechtere Lage versetzt worden wären.

40) Aus der Constitution Zeno's, l. 12 C. de aedific. priv., geht deutlich hervor, daß die Vorschriften nicht bloß polizeilicher Natur waren, denn durch Verträge zwischen den Interessenten konnten dieselben abgeändert werden.

41) Die Befugniß, die Hervorbringung unmäßigen Rauches zu untersagen, gehört nicht hierher, denn diese basirt auf der Freiheit

Servituten völlig analogen Recht. Auch hier trat der Umstand, daß das Recht durch Rechtssätze begründet war, der Auffassung desselben als dinglichen entgegen.

4) Ueber die Befugnisse der Volksglieder, die res publicae zu gebrauchen, ist schon oben gesprochen worden. Mag, was die Sachen einer Gesammtheit betrifft, ursprünglich die unklare Vorstellung eines Gesammteigenthums vorhanden gewesen sein, sobald eine eigentliche Jurisprudenz entsteht, erscheint die Gesammtheit als solche als Eigenthümerin. An gewissen Sachen aber haben die einzelnen Glieder der Gesammtheit begriffsmäßig ein Gebrauchsrecht, nämlich an solchen, welche ihrer Beschaffenheit nach von Allen ohne Ausschließlichkeit benutzt werden können. Die Gesammtheit hat kein Mittel, dieß Gebrauchsrecht dem Einzelnen zu entziehen (außer indem sie ihm die Eigenschaft eines Gesammtheitsgliedes entzieht), sie kann aber einer Sache selbst die thatsächliche oder rechtliche Eigenschaft, welche Gebrauch durch Alle bedingt, ganz oder theilweise nehmen und dadurch das Recht aufheben; deßwegen kann sich nach dieser Richtung hin der Begriff des Rechts an der Sache selbst nicht ausbilden. Allen Anderen, als der Gesammtheit gegenüber, ist aber das Recht der Einzelnen geschützt, und zwar durch die ordentlichen Gerichte geschützt, wie wir dieß namentlich für die Rechte an den öffentlichen Wegen und Flüssen ausgesprochen finden [42]). Nach dieser Seite aber entwickelt sich der Begriff des mit dinglicher Klage geschützten Rechts an der Sache

der eigenen Sache, welche durch das Eindringen des Rauches verletzt wird. Dasselbe gilt von dem interd. de arboribus caedendis bei Ueberhang der Aeste auf ein Feldgrundstück. Hier geht das Interdict nur auf Beseitigung der in die Luftsäule des Impetranten hineinreichenden, die Freiheit des Grundstückes also beeinträchtigenden Aeste.

42) S. o. N. 24.

selbst nicht, weil das Recht lediglich auf einem Rechtssatz beruht und nicht, wie das bei der agri occupatorii der Fall ist, eine Thätigkeit des Einzelnen zur Begründung des Rechts erforderlich ist.

5) Ganz den Charakter eines dinglichen Rechts hatten aber die durch die lex colonica festgestellten Rechte des populus an den einer Colonie eigenthümlich zustehenden Wegen (iter populo servit) [43]. Der Colonie stand die Cassirung oder Veränderung dieser Wege nicht zu. Der Umstand, daß etwaige Streitigkeiten nicht der Cognition der ordentlichen Gerichte unterlagen, mag der Grund sein, warum diese Rechte von den Juristen nicht unter den Servituten aufgeführt waren.

Wir haben also folgendes Resultat gewonnen: das römische Recht kennt neben den als jura in re aliena aufgefaßten Rechten noch eine Anzahl von rechtlich geschützten Befugnissen, direct auf eine fremde Sache einzuwirken. Von diesen können einige allerdings nicht gegen jedermann, namentlich nicht gegen den Eigenthümer geltend gemacht werden, bei anderen ist die Geltendmachung aber entweder ausdrücklich als unbeschränkte anerkannt oder die beschränkte Geltendmachung rechtfertigt sich dadurch, daß zu einer weiteren Ausdehnung ein Bedürfniß nicht vorliegt. Das Nichtgegebensein einer dinglichen Klage hat also wenigstens für die beiden letzteren Arten von Rechten nur eine formale Bedeutung und hindert nicht, dieselben ihrem Inhalt nach den als dinglich anerkannten Rechten an die Seite zu setzen da, wo die Berücksichtigung der formalen Gestaltung gegen die des materiellen Inhalts in den Hintergrund tritt, wie dieß bei der Vergleichung der Rechte ver-

43) Elvers, a. a. O. S. 286.

schiedener Völker der Fall ist. Ja, wir müssen hier sogar noch weiter gehen und auch diejenigen Rechte, welche sich nur nach einer Seite als dingliche herausstellen, ebenfalls berücksichtigen.

Aus den zuletzt betrachteten Rechtsbildungen gewinnen wir aber das Resultat, daß es den Principien des römischen Rechts keineswegs zuwider läuft, daß dingliche Rechte von Anfang an durch einen Rechtssatz begründet werden, und daß Subject eines dinglichen Rechts auch der Detentor eines Grundstücks und das Glied einer Universitas als solches sein kann.

In Deutschland ließ der Mangel einer Rechtswissenschaft den Begriff des jus in re aliena vor der Reception des römischen Rechts nicht zur klaren Anschauung gelangen, trotzdem existirte er wirklich. Hier wie dort ist die Befugniß der directen Einwirkung auf eine fremde Sache anerkannt, hier wie dort steht diese Befugniß entweder nur einer einzelnen Person für ihr Leben zu, oder sie ist veräußerlich und vererblich, oder ist durch Eigenthum oder Besitz eines Grundstücks bedingt, oder kommt dem Glied einer Universitas zu, oder hängt von der Existenz einer Forderung ab. Nicht vorhanden war jedoch die verschiedene Behandlung des auf einem Rechtssatz und des auf einem Rechtsgeschäft beruhenden Rechts, da die Bedingung dieser verschiedenen Behandlung, die formelle Ausbildung einer dinglichen Klage nicht existirte. Nicht vorhanden war ferner der Begriff der Servitut als einer besonderen Art der dinglichen Rechte. Da aber dieser Begriff, wie gezeigt, auch im römischen Recht nur eine historische Bedeutung hat, so kann aus dem Mangel derselben eine Folgerung nicht gezogen werden. Aus demselben Grund kann es aber auch nicht als eine principielle Verschiedenheit ange-

sehen werden, daß das deutsche Recht bei solchen durch Rechtsgeschäfte constituirten Rechten, welche ihrem Inhalt nach zu den von den Römern als Servituten bezeichneten Rechtsbildungen gehören würden, in der Bestimmung der Person des Berechtigten sich nicht an die römische Lehre bindet, daß die Berechtigung entweder an das Eigenthum eines Grundstücks oder an das Leben einer Person geknüpft sein muß. Erkennt ja das römische Recht bei servitutenähnlichen Rechten, welche durch Rechtssatz entstehen, die Bestimmung des Berechtigten durch die Detention eines Grundstücks und die Mitgliedschaft einer Universitas an und erklärt es andere Arten von dinglichen Rechten als frei veräußerlich und vererblich. Das deutsche Recht bewegt sich, weil es von zufälligen Schranken nicht bewegt ist, freier, geht deßwegen aber nicht von verschiedenen Principien aus [44]). Auf der anderen Seite finden sich manche Arten von Servituten in Deutschland nur in beschränkter Anwendung vor, so namentlich der Ususfructus. Dieser kommt hauptsächlich in demjenigen Verhältniß vor, von welchem er auch in Rom seinen Ausgang genommen hatte, nämlich bei der überlebenden Ehefrau. Das Recht derselben an dem ihr zur Leibzucht ausgesetzten Gut ihres Mannes stellt sich im Gegensatz zu dem ältesten Recht, wo es noch mehr die Natur des zeitlich begränzten und durch die Rechte der Erben beschränkten Eigenthums hatte [45]), als Recht an fremder Sache dar [46]). Ein zweiter Fall seines Vorkommens findet sich bei der

44) Die deutsche Praxis hat in völlig richtiger Erkenntniß der Sache nie Anstand genommen, die Gültigkeit der Bestellung eines Weiderechts auf dem Boden eines Dritten für die Glieder einer Universitas oder einer habitatio für den Inhaber eines Amts anzuerkennen.

45) Vergl. oben S. 273 u. 398.

46) Lifgetucht, de he ir gegeven hevet an sinem egene. Sachsensp. I, 21 §. 2 a. E.

Uebergabe von Gütern an die Erben oder auch bei Alienation an Dritte. Durch die besonderen Verhältnisse der Güter, bei welchen diese Reservation vorkam, und die Verbindung dieses Nießbrauchs an einem Theil des übertragenen Grundstücks mit Prästationen von Seiten des Uebernehmers, erhielt dieses Institut oft eine besondere Ausbildung. Der hauptsächliche Grund, warum der Nießbrauch nicht auch in anderen Fällen häufig vorkam, lag in dem Mangel der Freiheit, von Todes wegen zu disponiren; dazu kommt, daß man in manchen Fällen, in welchen die Römer einen Ususfructus constituirt haben würden, eine Belehnung vorzog.

Die Superficies findet sich im deutschen Recht ebenfalls vor und zwar ganz in derselben Weise, wie im römischen Recht, namentlich häufig wird schon früh die auf öffentlichem Grund und Boden errichtete Superficies und der dafür gegebene Arealzins erwähnt [47]).

Das Bedürfniß, eine Forderung zu sichern, führte auch im deutschen Recht zur Ausbildung eines Pfandrechts. Da in diesem Recht bei Mobilien eine solenne Rechtsübertragung nicht statt fand, die solenne Rechtsübertragung bei Immobilien aber neben der Eigenthumsübertragung auch einen anderen Inhalt zuließ, so bildet die Eigenthumsübertragung nicht die ausschließliche Möglichkeit der Bestellung dinglicher Sicherheit und es konnte sich neben dem zur Sicherung von Rechten vorgenommenen Verkauf mit Wiederkauf vom Anfang an die Satzung ausbilden. Bekanntlich wird aber oder wurde wenigstens behauptet, daß in der Satzung Eigenthum übertragen werde. Aus der Ausdrucksweise der Quellen ist für diese Frage wenig Raths zu holen; wie so vielfach, wurde das Bedürfniß einer genauen Formulirung nicht gefühlt oder

---

47) S. z. B. Freiburger Stadtprivileg von 1120 S. 28.

ging die Fähigkeit dazu ab. Sucht man aber das Recht nach dem Inhalt der Rechtssätze selbstständig zu formuliren, so ist dieß Bestreben in Betreff der Mobilien allein insofern fruchtlos, als wegen des Gebundenseins des Rechts an die Thatsache des Innehabens die Rechtssätze sich eben sowol mit der Annahme des Eigenthums des Pfandgläubigers, als mit der eines jus in re aliena vereinigen. Für die Immobilien läßt sich jedoch das Recht des Pfandgläubigers nur als Recht an fremder Sache auffassen und die vielfach gleiche Behandlung der Satzung beider Arten von Sachen bestimmt auch diese Formulirung für die Mobilien festzuhalten.

Eine Besonderheit bietet das deutsche Pfandrecht dadurch, daß seine accessorische Natur nicht überall klar erkannt ist, daß vielmehr die principale Forderung mit dem Pfandobject in der Weise verbunden wird, daß mit dem Untergang des letzteren auch die erstere untergeht [48]). Man hat [49]) daraus mit Unrecht die Natur des Pfandvertrags als Kauf mit Wiederkauf herleiten wollen, der Satz scheint mir vielmehr folgendermaßen erklärt werden zu müssen. Man ging von der Ansicht aus, daß der Pfandgläubiger den nicht bei Gelegenheit des Gebrauchs des Pfandes entstandenen reinen Casus (Diebstahl gehört nicht dazu) zu tragen habe [50]) und faßte

---

48) Ich sehe den Satz keineswegs als Product einer späteren Praxis an, wie Budde (Zeitschr. für deutsches Recht Bd. IX. S. 415) und Förster (ebendas. S. 138), welche, obgleich von verschiedenen Principien ausgehend, nach Homeyer's Vorgang zu dem verzweifelten Mittel schreiten, im Sachsensp. III. 5 §. 5 ein singuläre Bestimmung für „essende Pfänder" zu finden, eine Uneleganz, wie sie selbst dem unentwickeltsten Recht nicht zuzutrauen wäre.

49) S. namentlich Madai in der Zeitschr. f. d. R. Bd. VIII. S. 288.

50) Eine Widerlegung von Budde's von fast allen neueren

die Rückgabe des Pfandes und die Rückzahlung der principalen Schuld als einander bedingende Acte in der Art auf, daß die Vornahme des einen nur, wenn der andere vorgenommen war, gefordert werden konnte. Klagte der Pfandschuldner auf Restitution des Pfandes, unter Offerirung der Zahlung, so opponirte der Pfandgläubiger casuellen Untergang und der Beweis desselben entband ihn von der Klage. Klagte der Pfandgläubiger auf Zahlung, so verlangte der Pfandschuldner Herausgabe des Pfandes, replicirte jener casuellen Untergang, so machte dieß seine Lage nicht besser, da er die Bedingung eben nicht erfüllen konnte. Man könnte es so ausdrücken: er trug den Casus der Bedingung, resp. er trug den Casus, der die Sache traf, soweit dadurch die Erfüllung der Bedingung unmöglich wurde. — Das spätere Recht verließ diese unvollkommene Anschauung und die rein accessorische Natur des Pfandrechts trat in den Vordergrund.

Ein besonderes Interesse bieten im deutschen Recht diejenigen Rechte an fremder Sache, welche durch Verleihung von Immobilien entstanden sind. Der Verf. sieht das Eigenthümliche der deutschen Leihe darin, daß „Verträgen, welche zunächst ein persönliches Verhältniß begründen, zugleich ein dinglicher Charakter gegeben worden sei." „Bei den verschiedenen Arten der Leihe erwerbe der Beliehene auf Grund des zwischen den Contrahenten begründeten persönlichen Verhältnisses zugleich ein dingliches Recht, welches aber durch das persönliche Verhältniß bedingt und getragen werde." Diese Auffassung ist eine irrige. Allerdings ist zwischen dem Lehnsherrn und Lehnsmann ein persönliches Treuverhältniß begründet, dasselbe wirkt aber auf das dingliche Recht des

---

Schriftstellern angenommenem Princip, daß der Pfandgläubiger unbedingt allen Schaden zu tragen habe, würde hier zu weit abführen und soll an einem anderen Ort geliefert werden.

letzteren nicht ein, d. h. es bestimmt seinen Inhalt nicht. Dieß ist dadurch deutlich zu erkennen, daß, wie verschiedenartig dieß persönliche Verhältniß im einzelnen Fall auch festgestellt sein mag, der Inhalt des dinglichen Verhältnisses davon unberührt bleibt, daß z. B. der Vasall, welcher von der Leistung der Lehnsdienste ganz befreit ist, ein eben so festes und umfassendes Recht an dem Gute hat, als derjenige, welcher neben den Kriegsdiensten noch andere Dienste zu leisten hat, daß ferner der Umstand, daß der Lehnsmann von höherem Stand ist, als der Lehnsherr, welcher auf das persönliche Verhältniß großen Einfluß ausübt, für das dingliche Recht ganz indifferent ist. Die Lehnsdienste und die Lehnstreue, so weit sie rechtlich erzwingbar ist, erscheinen als Gegenpräſtationen für die Constituirung des dinglichen Rechts; Lehnpflicht und Lehnrecht bedingen sich hinsichtlich ihrer Existenz, jedoch nicht hinsichtlich ihres Inhalts. Dasselbe gilt für die bäuerlichen Leihen. Es ist aber auch historisch falsch, das persönliche Verhältniß und das dingliche als vom Anfang an mit einander verbunden anzusehen. Wie aus Roth's Untersuchungen erhellt, kommen beide ursprünglich selbstständig vor, ihre Verbindung ist nur eine zufällige. Die später allgemein vorkommende Vereinigung beider ist ein Product der Einwirkung staatlicher Zustände, welche in directerem Widerspruch mit dem von dem Verf. proclamirten Objectivismus standen, als irgend welche historischen Zustände des römischen Volks. Daher konnte auch diese Vereinigung nur so lange Bestand haben, als diese staatlichen Zustände dauerten, und je intensiver die Staatsidee erfaßt und realisirt wird, um so mehr tritt das persönliche Moment zurück. Den Feudalismus ohne Berücksichtigung der verschiedenen Stufen der Entwickelung für die der germanischen Rechtsanschauung angemessene und

aus ihr hervorgehende Verfassungsform erklären, heißt den Germanen die Fähigkeit der Erkenntniß der Staatsidee absprechen.

Betrachtet man das Recht, welches der Lehnsmann und der Colon an dem Grund und Boden hatte, an sich, so stellt es sich seinem Inhalt nach als eine Nutzungsbefugniß des gesammten Grundes und Bodens in ähnlicher Weise dar, wie sie dem Usufructuar, dem Clienten, dem Besitzer des ager publicus, des Vectigalgrundstücks und der Emphyteuse zukam. Hierin kommen die verschiedenen Arten der Leihe und des Lehens in den verschiedenen Zeiten fast völlig überein. Eine Verschiedenheit ist vorhanden (und diese Verschiedenheit tritt namentlich bei denselben Instituten in den verschiedenen Zeiten ihrer Ausbildung hervor) hinsichtlich der Dauer und der Realisirbarkeit des Rechts. Es steht entweder dem Berechtigten für seine oder für des verleihenden Eigenthümers Lebenszeit zu, oder kann von ihm frei oder mit Beschränkung auf gewisse Generationen oder besonders qualificirte Personen vererbt und veräußert werden; meist ist es auch abhängig von der Erfüllung gewisser Leistungen. Es ist entweder dem Eigenthümer und Drttten gegenüber fest begründet, oder es beruht auf dem Willen des Eigenthümers; es kann von dem Berechtigten selbst vertreten werden, oder der Eigenthümer vertritt diesen. In Allem dem kann eine principielle Verschiedenheit von dem römischen Recht nicht erkannt werden, ja es finden sich sogar, wenn man, wie dieß nothwendig geschehen muß, auch diejenigen bei den Römern vorkommenden Verhältnisse zu fremdem Grund und Boden, welche sich nicht zu dinglichen Rechtsverhältnissen entwickelten, zur Vergleichung herbeizieht, fast für alle einzelnen Fälle Analogien vor und namentlich die ältesten Zeiten zeigen bei beiden Völkern ziem-

lich übereinstimmende Zustände [51]). Nicht in der principiellen Verschiedenheit der rechtlichen Anschauung liegt der Grund, warum sich die dinglichen Verhältnisse bei den Römern und den Germanen des Mittelalters so verschieden gestaltet haben, dort das System des freien Eigenthums, hier das des Lehens und der Leihe das herrschende wurde, sondern in der Verschiedenheit der politischen und socialen Entwickelung. In Rom ist schon früh ausgebildet, was in Deutschland erst nach harten Kämpfen errungen werden konnte, einerseits die Festigkeit der Staatsgewalt und die Innigkeit der Ueberzeugung des einzelnen Bürgers, als solcher dem Staate verpflichtet zu sein, andererseits die Sicherheit des Verkehrs und die Basirung desselben auf Geld — dazu kommt noch in Rom die große Vermehrung der Anzahl der Sclaven und die verschiedene Nationalität derselben [52]). Es ist hier nicht der Ort, die Wirkungen dieser Momente im Einzelnen auszuführen,

51) Als ager publicus, d. h. dem König als solchem zustehend, wurde das nicht im Privateigenthum stehende und das eroberte Land betrachtet, wenigstens gilt dieß von dem nach der ersten Niederlassung eroberten. Unter den Merovingern wurden Theile dieses öffentlichen Landes den einzelnen Volksgenossen zu eigen assignirt. Die Apprisionen oder Proprisionen (Roth, Gesch. d. Beneficialwesens S. 69 ff.) lassen sich bis zur königlichen Bestätigung (welcher freilich auch der dreißigjährige Besitz gleichgestellt wird) der possessio des ager publicus an die Seite stellen. Auch die ältesten Bodenanweisungen an Unfreie und Clienten sind neben einander zu stellen. Tacitus durfte von seinem Standpunkt aus die Behandlung der Unfreien bei seinen Landsleuten zu seiner Zeit und bei den Germanen derselben Zeit vergleichen, unverantwortlich ist es aber, wenn wir aus der Gegenüberstellung des mos Romanus am Ende des ersten Jahrhunderts und der gleichzeitigen deutschen Zustände ernsthaft Schlüsse ziehen wollen. Das precarium und peculium der ältesten Zeit und die sedes und Penates der Unfreien des fünfundzwanzigsten Kapitels der Germania entsprechen einander.

52) S. o. S. 293.

nur auf Eine Thatsache soll hier aufmerksam gemacht werden. Denselben Umstand, welcher in Deutschland einen hauptsächlichen Grund der Oblation und der Commendation bildete, das Drückende des Kriegsdienstes für den Unvermögenden, finden wir auch in Rom vor. Wie wirkte er aber hier? Vermöge der Geldwirthschaft lediglich thatsächlich — der Reiche gibt dem Armen Gelddarlehn und kauft ihn schließlich aus; die persönliche Stellung bleibt unverändert, das Recht am Grund und Boden behält dieselbe Natur, nur die Subjecte wechseln.

Im Allgemeinen ist das System des freien Grundeigenthums also die Nutzbarmachung des Grundvermögens durch Selbstbewirthschaftung, durch Sclavenarbeit oder durch Verpachtung und die rechtliche und thatsächliche Möglichkeit der Veräußerung gegen Geld allen Bedürfnissen entsprechend, doch erscheint dieses System für manche besonderen Verhältnisse nicht passend und die Römer bedenken sich in diesen Fällen nicht dasselbe zu verlassen. Municipien, Priestercollegien und anderen Corporationen kommt es ihrer Natur nach weniger darauf an, ihr Grundvermögen in der jedesmal am Passendsten scheinenden Weise nutzbar zu machen oder zu geeigneter Zeit vortheilhaft veräußern zu können, ihr Bestreben muß vielmehr dahin gehen, eine sichere Rente aus dem unveräußerlichen Grundvermögen zu ziehen und mit der Administration möglichst wenig zu thun zu haben [53]). Diese Rücksicht führte zu dem Austhun der Grundstücke gegen ein Vectigal. In der späteren Zeit veranlaßte neben diesen Gründen wol namentlich der Umstand, daß für gewisse Güter, welche, um

---

53) Vgl. Plinius (epist. VII, 18), Bedenken gegen freie Selbstverwaltung des Vermögens durch die Municipalbehörden. Auf diese Stelle wird unten noch näher eingegangen werden.

vortheilhaft bewirthschaftet werden zu können, Verbesserungen nothwendig hatten, Pachter (mit lediglich obligatorischen Rechten und ohne Garantie dafür, daß ihnen der Vortheil ihrer Verwendungen zu gute kommen werde) nicht leicht sich fanden, die Selbstbewirthschaftung aber wegen der Größe des Grundbesitzes und des Mangels des Betriebscapitals nicht vortheilhaft erschien, zur häufigen Anwendung der Emphyteuse. Aehnliche Rücksichten der Nothwendigkeit der Garantie des Besitzstandes hatte schon früher das Institut des Superficies hervorgerufen.

Reallasten. „Das römische Eigenthum ist reines Recht" — „das germanische Eigenthum ein Recht, auf welchem Pflichten ruhen." Dieß sind die Gründe, aus welchen der Verf. für das eine Recht die Unmöglichkeit, für das andere die Möglichkeit der Entstehung der Reallasten herleitet. Der erste Fehler dieser Argumentation liegt in der Verbindung der Reallasten und des Eigenthums, denn mit dem Eigenthum hängen die Reallasten begrifflich nicht zusammen, wie daraus hervorgeht, daß bei den meisten Reallasten nicht der Eigenthümer verpflichtet ist, und daß die den Eigenthümer verpflichtenden nicht anderer Natur sind, als diejenigen, bei welchen ein Besitzer, der nicht Eigenthümer ist, verpflichtetes Subject ist. Der zweite Fehler des Verfs. ist der allgemeine, oben gerügte, daß zwei ganz verschiedene Begriffe einander gegenüber gestellt werden, Servituten und Reallasten. Will man das römische und das deutsche Rechtsmaterial in dieser Beziehung mit einander vergleichen, so kann man nur von dem oben aufgestellten allgemeinen Begriff des an die Sache geknüpften Rechtsverhältnisses ausgehen und zwar hier insbesondere von demjenigen, dessen Object ein Thun ist. Kennt

nun das römische Recht solche Rechtsverhältnisse? Nr. 6 der oben aufgestellten Tabelle (S. 391) gibt Antwort darauf.

Die unter Nr. 6 a. *α*. aufgeführten Verpflichtungen sind nicht Consequenzen aus dem Berechtigten an den Sachen zustehenden Rechten, wie z. B. die Verpflichtung des unberechtigten Inhabers dem vindicirenden Eigenthümer, oder des Eigenthümers dem Usufructuar gegenüber, sondern der Verpflichtete ist wirklicher Eigenthümer und der Berechtigte hat kein Recht an der Sache selbst. Der Verpflichtete ist aber auch weder durch Vertrag noch durch Delict mit dem Berechtigten in ein obligatorisches Verhältniß getreten, es ist vielmehr lediglich sein Eigenthum, mit welchem durch Rechtssatz die Obligation verbunden ist, und deren Subject er eben als Eigenthümer wird. — Nur durch den Inhalt der Obligation unterscheiden sich hiervon die unter b und c aufgeführten Verpflichtungen; die Exhibitionspflicht (a. *β*.) aber hat das Charakteristische, daß sie nicht nur den Eigenthümer, sondern jeden Besitzer trifft.

Wir finden also, daß da, wo das Recht aus sittlichen oder Nützlichkeits-Rücksichten ein Interesse anerkennen wollte, welches nur dadurch realisirt werden konnte, daß man dem Eigenthümer oder Besitzer als solchem eine Obligation auferlegte, die Römer keineswegs vor dieser Verbindung zurückschrecken und es stellt sich demnach schon hiernach das Princip, daß der Eigenthümer oder Besitzer als solcher nicht belastet sein könne, als irrig heraus. Weit interessanter für unsere Betrachtung sind aber die unter d und e aufgeführten mit Sachen verknüpften Rechtsverhältnisse, da dieselben ihrem Inhalt nach mit den Reallasten übereinstimmen.

Die unter d erwähnten öffentlich rechtlichen Verpflichtungen bestehen entweder in der Verpflichtung, die öffentlichen an den Grundstücken vorbeigehenden Wege in Stand zu hal-

ten, zu pflastern, Wasserleitungen zu reinigen, Beiträge dazu und zur Instandhaltung der Kloaken zu geben oder Beiträge zu Staats- oder Kommunallasten als Grundsteuer, Annona, Spanndienste, Einquartirung u. s. w. Mögen diese Leistungen ursprünglich auch als persönliche Pflichten des Bürgers als solchen erschienen sein und die Beziehung auf den Grund und Boden nur das Maß der Verpflichtung abgegeben haben, wie dieß aus der Gesammtvermögenstaration im Census genau ersichtlich ist — in der späteren Zeit verändern sie diese ihre ursprüngliche Natur. Nicht nur der Bürger, sondern auch der fremde Grundbesitzer, der persönlich Steuerfreie zahlt, der Usufructuar, der dinglich Berechtigte hat die Steuern zu tragen. Daher werden diese Lasten als onera fundi, munera locorum, possessionibus indicta, rei inhaerentia, propter possessiones praestanda, quae fundus debet, im Gegensatz zu den munera personalia bezeichnet und diesen Unterschied dadurch practisch gemacht, daß persönlich privilegirte Stellung von der Entrichtung jener nicht ohne Weiteres befreit, daß auch Forensen dieselben leisten müssen u. s. w. Ja, es wird sogar erklärt: in vectigalibus ipsa praedia conveniuntur, und daraus die Verpflichtung des Eigenthümers, für die rückständigen unter seinem Vorgänger verfallenen Präſtationen zu haften, abgeleitet.

Ebenso haben aber auch die unter *α.* angeführten Präſtationen, welche als Entgeld für die Ueberlassung von Sachen erscheinen, dieselbe Natur, wie die deutschen Reallasten. Der occupirte ager publicus ist frei alienirbar, der Acquirent als solcher hat ohne Vertrag mit dem Käufer den Zehnten zu zahlen. Die anderen Präſtationen beruhen ursprünglich auf den bei dem Ueberlassungsvertrag festgestellten Obligationen; von dem Moment an, wo mit der Gestaltung selbstständiger Rechtsmittel zum Schutz im Besitz sowol dem Eigenthümer

als Dritten gegenüber die Veräußerung des Rechtes möglich und rechtlich anerkannt wurde, wo also aus dem rein obligatorischen Recht ein dingliches wurde, war auch mit Nothwendigkeit die Pflicht der Gegenleistung mit dem Besitz der Sache verbunden [54]).

Das römische Recht kennt hiernach den germanischen Reallasten völlig entsprechende Rechtsbildungen und dieselben unterscheiden sich nur durch die größere Beschränkung hinsichtlich ihrer Entstehung von jenen. Die römischen Reallasten entstehen entweder durch einen Rechtssatz oder durch eigene bestimmte Rechtsgeschäfte, in welchen Grund und Boden zum Gebrauch überlassen wird. Eine Errichtung durch andere Rechtsgeschäfte kennt jedoch dieses Recht nicht. Wie ist nun aber diese Beschränkung zu erklären, ist aus ihr eine principielle Verschiedenheit zwischen den beiden Rechtsbildungen abzuleiten? Ich trage kein Bedenken, die letztere Frage mit nein zu beantworten: beschränkt blieben die römischen Reallasten, weil das Bedürfniß keine anderen hervortrieb.

Auch bei den Germanen findet sich nicht vom Anfang an das Princip aufgestellt, daß alle Arten von Leistungen als Reallasten constituirt werden können. Reallasten sind

---

54) Die Behauptung Duncker's (Lehre von den Reallasten §. 48), daß die Pflicht zur Zahlung des Kanons und des Solariums nicht eine Reallast sei, sondern aus dem von jedem neuen Acquirenten der Emphyteuse mit dem Eigenthümer abzuschließenden Vertrag hervorgehe, beruht auf einer Verkennung der durch die Hereinziehung des dinglichen Elements hervorgebrachten Modification des ursprünglich rein obligatorischen Miethvertrags. In der l. 3. C. de jure emphyteutico, auf welche sich Duncker beruft, erklärt Justinian zu Ende ausdrücklich, daß, wenn der Eigenthümer innerhalb des gestellten Termins seine Zustimmung zur Veräußerung nicht gebe, der Emphyteuta auch gegen den Willen des Eigenthümers veräußern dürfe.

ursprünglich nur die Prästationen an Staat und Kirche. Sodann bilden sich die Leistungen, welche als Aequivalent für die Ueberlassung von Grund und Boden erscheinen, aus, daneben werden auch die aus der persönlichen Abhängigkeit hervorgehenden Leistungen mit dem Boden verbunden, ferner wird die durch Rechtssatz ausgesprochene oder durch Vertrag speciell übernommene kriegerische Dienstpflicht mit dem Besitz des Lehens verbunden, es werden die für den vogteilichen Schutz gegebenen Abgaben dem Boden aufgelegt und endlich erst in Folge zweiseitigen Vertrags oder durch Schenkung Renten zum Besten beliebiger Dritter auf Grundstücke radicirt.

Zur Ausbildung der meisten dieser Reallasten fehlen im römischen Recht die Voraussetzungen: Hörigkeit, Lehen und Vogtei (erst in der spätern Zeit bieten der Colonat und das Verhältniß der Eigenthümer der agri laetici Analogien dar). Prästationen für Ueberlassung von Grund und Boden kommen dagegen, wie wir gesehen haben, vor; diese waren jedoch bis in die spätere Zeit in dem Privatverkehr nicht üblich, ebensowenig wie in diesem der Rentenkauf oder ein ähnliches Restitut vorkommt. Der Grund dafür ist schon oben angedeutet worden. Wollte man sich eines Grundstücks entäußern, so war das Weggeben gegen eine Geldsumme zweckmäßig. Der rege Verkehr machte es möglich, Käufer zu finden und den Kaufpreis, sowie anderweit erworbene Gelder innerhalb des Gebiets des Obligationenrechts nutzbar zu machen. Die Ausbildung dieses Rechts, namentlich aber die Einwirkung der Passivobligation auf das gesammte Activvermögen (nicht bloß das Mobiliarvermögen) des Schuldners, der unbedingte Uebergang der Schulden auf den Erben gewährte dieser Verwendung des Vermögens eine große Sicherheit, welche durch specielle Verbindung der Obligation mit einer Sache

des Schuldners durch Hypothecirung noch vermehrt werden konnte. Bei dieser Möglichkeit der Nutzbarmachung des Vermögens konnte man im Allgemeinen vernünftiger Weise nicht zu der Ansicht gelangen, daß das Austhun eines Grundstücks gegen einen Zins oder ein dem Rentenkauf analoges Rechtsverhältniß eine zweckmäßige Vermögensanlage sei. Sieht man von den anderen Vermögensanlagen ab, so erreichte man mit dem zinsbaren hypothekarisch versicherten Darlehn denselben Effect, wie mit dem Rentenkauf. Wird ja doch auch dieser in der späteren Entwickelung der modernen Satzung nahe gebracht[55]), d. h. erscheint er auch seiner formalen Gestaltung nach mehr und mehr als mit Realsicherheit versehenes zinsbares Darlehn.

Bisher sind die Renten nur als Revenüen eines Capitals betrachtet worden. Sie können jedoch auch an und für sich ohne Rücksicht auf ein Capital als zu gewissen Zeiten wiederkehrende Prästationen aufgefaßt werden und es kann ein Bedürfniß vorliegen, durch Rechtsgeschäfte eine Pflicht zu solchen Leistungen zu schaffen. Im deutschen Recht ist die sichere Hervorbringung einer solchen Realpflicht kaum anders denkbar als durch Radicirung auf eine Immobilie, im römischen Recht kann sie als reine Obligation durch die gewöhnlichen Geschäfte unter Lebenden und von Todes wegen bestellt werden. Die Pflicht zur Entrichtung der Renten ging auf die Erben über, rasch nahm sie in ihrer Person oder der des Legatars ihren Anfang und ging auf deren Erben über. Die Beschränkung der Stellvertretung und der letztwilligen Zuwendung an personae incertae machte freilich den Uebergang dieser Rente auf die Erben des Rentenempfängers nicht möglich und insofern war die Rente nur dann eine immerwährende,

55) Albrecht, Die Gewere S. 177 ff.

wenn sie einer juristischen Person ausgesetzt war. Das Bedürfniß ewiger Renten ist aber auch wesentlich[56]) nur in Betreff dieser letzteren vorhanden. Solche Renten müssen der öfteren Erwähnung in den Quellen nach häufig gewesen sein, und wenn man auch nicht von einer Begünstigung derselben sprechen kann, so geht doch aus den Entscheidungen der l. 20 §. 1, l. 23, 24 de annuis leg. hervor, daß man ihrer Bestellung keineswegs hindernd in den Weg trat. Das spätere Recht ließ auch den Uebergang auf die Erben des Empfängers zu, so daß immerwährende Renten nun allgemein vorkommen konnten. Die Erhebung der rein obligatorischen Renten war allerdings dadurch schwierig, daß die Verpflichtung auf alle einzelne Erben des Constituenten pro rata überging. Diesem Uebelstand half man dadurch thatsächlich ab, daß bei der Erbtheilung einer der Erben mit der Auszahlung der Rente von den übrigen beauftragt wurde, an welchen sich nun der Rentberechtigte allein wenden konnte[57]), während, wenn nicht zugleich die Obligation novirt wurde, rechtlich die Forderung passiv getheilt blieb und die Insolvenz des einen Verpflichteten dem Berechtigten schadete. Ferner pflegte man wol auch die annua legata auf ein bestimmtes Grundstück anzuweisen, aus dessen Einkünften sie bezahlt werden sollten — annua praestanda ex praediis, ex reditu fundi, coenaculi et horrei, de fundo, fundus debet legata, a

---

56) Sobald man dies Rentgeschäft nicht als Capitalanlage auffaßt, wird bei Constituirung von Renten (durch einseitiges oder zweiseitiges Geschäft) zu Gunsten einer physischen Person regelmäßig die Individualität des Empfängers berücksichtigt werden, gerade so wie bei der Bestellung eines Usus fructus (vgl. l. 8 de annuis leg.). Die Renten zu Gunsten physischer Personen stellen sich regelmäßig als Alimente u. s. w. dar.

57) L. 3. de alimentis leg.

re relicta alimenta[58]). Auch diese Verbindung war jedoch nicht so innig, daß die Last als rechtliche Eigenschaft der Sache gegolten hätte[59]), und daher auf den Singularsuccessor übergegangen wäre. Ebensowenig ist dem Belastetem die Alienationsbefugniß an sich entzogen[60]), wiewol dieß durch besondere Bestimmung öfters geschehen mochte[61]). Auch dann, wenn der Erblasser ein Grundstück für die legirte Rente verpfändete[62]), scheint eine Modification der Grundsätze über Pfandrecht nicht angenommen werden zu dürfen[63]), so daß also namentlich auch die exceptio excussionis nicht ausgeschlossen war. In Einer Beziehung ist jedoch die Anweisung auf das Grundstück rechtlich relevant; die Pflicht, die annua zu zahlen, geht nämlich auf den Usufructuar über nach l. 7 §. 2 de usufructu, wo Ulpian alimenta a re relicta mit dem tributum, stipendium, solarium zusammenstellt und unter den onera praedii begreift.

Es ist oben bemerkt worden, daß gewisse Rücksichten in besonderen Verhältnissen das Abgehen von dem Systeme des freien Eigenthums bei den Römern gerechtfertigt haben. In denselben Verhältnissen tritt auch das Bedürfniß einer festen aus Einer Hand sicher zu beziehenden Rente hervor, und dieselben Rechtsgeschäfte, welche in Folge jener Rücksichten

58) L. 12. 18 pr. l. 20 §. 1 de annuis leg.; l. ult. §. 1 de contrahenda emt. vend. l. 13 §. 6 de act. emti vend.; l. 7 §. 2 de usufr.

59) Quo jure quaque conditione praedia sunt, l. ult. §. 1 de contrah. emt. — In l. 2. §. 1 de alimentis leg. ist der Fiscus Universalsuccessor, bona ex quibus alimenta debentur, bezeichnet die vacant gewordene Erbmasse.

60) L. ult. §. 1 de contrah. emt. l. 21 pr. de annuis leg.

61) Vergl. l. 18 pr. de annuis leg.

62) L. 9 de annuis leg., l. 21 de alimentis leg. (ob causam fideicommissi obligati fundi), l. 8 §. 15 de transact. (in alimenta obligatus).

63) S. namentlich l. 12 de alimentis leg.

sich ausgebildet hatten, gewähren die Möglichkeit, dieß Bedürfniß zu befriedigen. Plinius d. J.[64]) erzählt, er habe die Absicht gehabt, seiner Vaterstadt eine Zuwendung zur Alimentation Freier zu machen. Da er nun gefürchtet habe, daß, wenn er Geld (Capital) oder Grundstücke hergebe, sein Zweck wegen schlechter Verwaltung der Schenkung nicht erreicht werden möchte, so habe er dem Actor das Municipiums ein Grundstück mancipirt und gegen ein Vectigal von sechs Procent der beabsichtigten Zuwendung sich zurückgeben lassen. Die Aehnlichkeit mit dem deutschen Rentenkauf, wie er in seiner ursprünglichen Gestalt als eine Nachbildung des durch Austhun gegen Zins hervorgebrachten Rechtsverhältnisses erscheint[65]), springt in die Augen. Ob derartige Geschäfte häufig vorkamen, wissen wir nicht[66]), Plinius gibt dasselbe jedoch keineswegs für eine neue Erfindung aus. Sie scheinen aber nicht nur durch Geschäfte unter Lebenden, sondern auch durch letztwillige Verfügungen vorgenommen worden zu sein und zwar in der Art, daß nicht das Grundstück selbst als Gegenstand des Legats benannt wurde, sondern, wie bei anderen Rentbestellungen, das darauf gelegte Vectigal[67]).

---

64) Epistolae VII. 18. s. o. N. 53.

65) Albrecht, a. a. O. S. 158 ff. S. 172 N. 409.

66) Da das Geschäft kein besonderes Rechtsgeschäft, sondern nur eine Combination zweier anderer ist, so brauchte es in den Rechtsquellen nicht berücksichtigt zu werden. Die Uebertragung an das Municipium konnte auch gegen Entgeld erfolgen, indem das Municipium auf diese Weise sein baares Geld sicher anlegte. Hierbei ist es rechtlich betrachtet reine Zufälligkeit, daß dem Verkäufer das Grundstück als ager vectigalis verliehen wird.

67) Hierauf deuten die Worte der l. 13 §. 6 de actt. emti vend.: fundum pluribus municipiis legata debere. Die Emendation von Cujacius vectigalia für legata scheint mir ungerechtfertigt. Die Beziehung auf die griechische Uebersetzung ist ungenügend, denn da

Rechtlich gestaltet sich dadurch das Verhältniß so, daß der Erbe durch constitutum possessorium das Grundstück für den Legatar-Rentengläubiger erwarb. Auf diese Weise ist auch die Constituirung von Renten zu Gunsten Mehrerer [68]) leicht ausführbar. Die mehreren Rentengläubiger sind Miteigenthümer nach Verhältniß der Größe ihrer Vectigalia [69]). — In welcher Weise die Constituirung eines reditus semper vigens ac perpetuus, in welchen nach Justinian [70]) ein einer pia causa vermachtes annuum einzig verwandelt werden darf, rechtlich aufzufassen ist, geht aus der Constitution nicht deutlich hervor, doch scheint derselbe nur als eigentliche

---

die legata nichts Anderes sind als vectigalia, so konnte dafür τέλη gesetzt werden, ohne daß daraus geschlossen werden kann, daß vectigalia ursprünglich im Text gestanden habe.

68) Die Constituirung der mehreren Renten muß in Einem Act erfolgen; denn ist ein Vectigal constituirt, also das Eigenthum an den Rentgläubiger übertragen, so kann nicht noch eine zweite Rente bestellt, d. h. das Eigenthum nochmals übertragen werden. Die zweite Rentbestellung könnte sich nur als „Oblation" (d. h. Uebertragung mit Rückempfang gegen Vectigal) des Rechts am ager vectigalis betrachten lassen und hätte insofern Rechtswirkungen gegenüber dem Besteller und seinen Nachfolgern (auch den Singularsuccessoren), nicht aber gegenüber dem ersten Rentgläubiger (Eigenthümer), welcher das Grundstück wegen nicht ordnungsmäßig bezahlten Vectigals einzöge. In derselben Weise ist ursprünglich ein doppelter Rentenverkauf nach deutschem Recht unmöglich, und erst als der Rentenkauf die Natur des mit Realsicherheit versehenen zinsbaren Darlehens annahm, also der Rentgläubiger, wenn er das Grundstück einzog, die Hyperocha über die capitalisirte Rente herausgeben mußte, konnte das Grundstück wirksam belastet werden, soweit sein Werth das Rentcapital übersteigt.

69) Gegen eine Oblation durch constitutum possessorium konnte im römischen Recht nicht das Bedenken entstehen, welches in dem am Sinnlichen klebenden deutschen Recht der Wirksamkeit derselben entgegen stand.

70) L. 46 §. 9. C. de episcopis et clericis. (Daß diese Constitution nicht glossirt ist, bleibt für unsere Betrachtung ohne Interesse.)

Reallast aufgefaßt werden zu können, welche freilich den gesammten Reinertrag (nach Abzug der öffentlichen Lasten) erschöpft [71]. —

Die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung kann nach deutschem Recht entweder einer Person (physischen oder juristischen) oder dem Inhaber eines Amtes zustehen oder mit dem Eigenthum eines Grundstücks verbunden sein. Auch hierin kann eine principielle Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts nicht erkannt werden.

Als reallastberechtigt für seine Person finden wir in Rom hauptsächlich nur den Staat; aber abgesehen von der späteren Gestalt des Rentenkaufs, dessen Nichtvorkommen in Rom genügend erklärt ist, steht auch in Deutschland regelmäßig nur dem Staat oder demjenigen, welcher staatliche Functionen ausübt, und zwar entweder im Namen des Staats oder aus eigenem Recht, und ferner der Kirche die Reallastberechtigung als persönliche zu. Meist ist sie mit dem Eigenthum oder abgeleiteten Besitze eines Grundstücks verbunden. Das Verhältniß zwischen den beiden die Subjecte der Obligation bestimmenden Grundstücken ist aber nur äußerlich dem Verhältniß der durch Servituten verbundenen Grundstücke ähnlich, innerlich jedoch meist ein ganz verschiedenes. Da, wo die Reallastprästationen Aequivalent für Ueberlassung von Grund und Boden sind, werden dieselben dem Eigenthümer der überlassenen Immobilien entrichtet. Sind diese Grundstücke aber durch

71) Dadurch ist thatsächlich die Veräußerungsmöglichkeit ausgeschlossen; rechtlich scheint dieselbe jedoch vorhanden zu sein, denn das alienari a nemine geht wol nur auf die Veräußerung des der pia causa zustehenden Rechts auf den reditus; die Worte: eum vero reditum pro legato constitui perpetuo ad id deputatum, scheinen mir aber die Annahme auszuschließen, daß das Grundstück für die novirte Forderung nur einfach hypothecirt sei, so daß dem dritten Besitzer die exceptio excussionis zustände.

Privatdisposition oder durch Herkommen mit einem von dem Eigenthümer selbst detinirten Grundstück zu einem Gutscomplex verbunden, so wird durch das Eigenthum des letzteren Grundstücks auch der Eigenthümer der ausgethanen Grundstücke bestimmt, der als solcher reallastberechtigt ist. Die Reallastberechtigung ist also nur mittelbar Pertinenz des Haupthofs, zunächst ist das ausgethane Grundstück selbst die Pertinenz und geht auf die Erwerber jenes über. Jede Disposition über eine solche Reallastberechtigung stellt sich dar als Disposition (totale Veräußerung oder Verleihung) über das belastete Grundstück und erfordert deßwegen dieselben Rechtsgeschäfte.

Ferner aber können Reallastberechtigungen, welche ursprünglich einer Person zustehen, sich mit dem von dieser Person besessenen Gute in der Art verbinden, daß sie auf den Erwerber desselben als solchen übergehen. So werden namentlich öffentliche Prästationen oft als mit demjenigen Grundstück verbunden angesehen, welches die Person, welche diese Prästationen für den Staat, resp. König erhebt, zu eigenem Recht oder durch königliche Verleihung inne hat. So geht die Vogtei aus begreiflichen Gründen regelmäßig auf den Inhaber des Guts des Herrn, welcher dieselbe ursprünglich erworben hatte, über, und damit das Recht auf die vogteilichen Prästationen. Eine directe Beziehung der Reallast zu dem Grund und Boden, wie wir diese zwischen der Servitut und dem praedium dominans finden, existirt demnach nur da, wo eine Reallast auf nachbarlichen Verhältnissen beruht, sonst wird durch das Grundstück, resp. das Recht an demselben nur die berechtigte Person bestimmt.

In Rom findet sich die erste Verbindung der Berechtigung mit dem Recht an einem Grundstück ebenfalls vor, der Eigenthümer ist der Berechtigte und er kann das Eigenthum ver-

äußern [72]). Da die Pertinenzeigenschaft der Grundstücke den Römern unbekannt ist, so kann auch die besprochene scheinbare Verbindung des Zinsrechts mit einem anderen Grundstück nicht vorkommen. Die Verbindung persönlicher Reallastberechtigungen mit Grundstücken ist unbekannt, weil alle thatsächlichen Voraussetzungen der Fälle, in welchen dieselbe in Deutschland vorkommt, fehlen. In Fällen jedoch, in welchen das Interesse des Grundstücks selbst die Bestimmung der Berechtigung durch das Recht an demselben erfordert, also in nachbarlichen Verhältnissen, ist diese Verbindung anerkannt und hierher gehören die oben (S. 392) unter No. 2, b. aufgezählten Fälle; in allen anderen Fällen wird die Befriedigung des Befürfnisses durch Errichtung von Servituten möglich sein [73]) und diese erscheinen als die angemessene Rechtsbildung [74]).

---

72) Diese Veräußerung erscheint thatsächlich ebenfalls als Veräußerung des Zinsrechts.

73) Vergl. z. B. l. 12 de annuis leg. Der Jurist erklärt es nicht für unmöglich, daß überhaupt ein Rechtsverhältniß geschaffen werde, wonach das eine Grundstück aus dem andern Sand und Weiden für alle Zeiten erhalten kann — dieß ist durch Servitutbestellung möglich — er sagt nur, nach den Worten des Testaments sei eine Servitut nicht errichtet (servitutem jure constitutam non videri), sondern dem bei dem Tod vorhandenen concreten Eigenthümer (Legatar) seien annua legata.

74) Darin, daß derartige Rechtsverhältnisse nicht als Reallasten, sondern nur als Servituten bestellt werden können, liegt weder für den Eigenthümer des herrschenden, noch für den des dienenden Grundstücks eine Härte. Dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks ist hinreichend Rechnung getragen, wenn der Eigenthümer sich die zur Cultur seines Grundstücks vortheilhaften Sachen unentgeldlich verschaffen kann. Der Eigenthümer des dienenden Grundstücks ist aber dadurch nicht schlechter gestellt, daß er jenem die Beschränkung seines Grundstücks und die Ausübung gewisser Handlungen gestatten muß; denn, berücksichtigt man den Grundsatz des civiliter uti und den Umstand, daß jede Condemnation auf das In-

Es ist versucht worden, auszuführen, daß in Betreff der Verknüpfung von Rechtsverhältnissen mit Sachen eine principielle Verschiedenheit zwischen römischem und deutschem Recht nicht vorhanden ist, und darzuthun, wie die allerdings in dem Rechtsleben beider Völker sich vorfindende große thatsächliche Verschiedenheit hinsichtlich der Ausbildung von Formen für derartige Verknüpfungen und der Häufigkeit ihrer Anwendung aus dem politischen und socialen Entwickelungsgange beider Völker sich erklärt. Zum Schluß sei es noch erlaubt, einen Beleg für die Richtigkeit dieser Erklärung aus der späteren deutschen Rechtsentwickelung anzuführen. Von der Zeit an, wo einerseits die Staatsgewalt in Deutschland sich befestigte, andererseits ein reges Verkehrslebens sich ausbildete, hört das Constituiren neuer Lehen und das Austhun von Grundstücken zu bäuerlichem Besitz, namentlich aber die Oblation, allmälig auf; Verminderung der Bevölkerung und des Wohlstandes, wie z. B. in Folge des dreißigjährigen Kriegs, können zeitweise die Sitte des Austhuns an manchen Orten wieder hervorrufen, Kirchen, Stiftungen und Corporationen können dieselbe aus den oben angeführten Gründen beibehalten — im Allgemeinen aber erscheint das Austhun als eine äußerst mangelhafte Vermögensverwerthung, und das Verleihen nach Lehnrecht wegen der Unbrauchbarkeit der Gegenleistung als völlig unpraktisch. Die durch frühere Verleihungen begründeten Rechtsverhältnisse bestehen fort, aber wie schon vom Anfang an jedes abgeleitete Besitzrecht die Tendenz der Befestigung seiner selbst in sich trug [75]) und diese Rechte sowol in

---

teresse geht, so muß man dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Befugniß zuerkennen, durch Prästation der Sachen seinerseits die Vornahme der Servitutshandlungen auszuschließen.

75) Die durch Oblation häufig vorgenommene Verwandlung des Eigenthums in abgeleiteten Besitz und die abusive Behandlung man-

dem Gebiete des Lehn- als des Hofrechts dem Umfang und der Dauer nach sich dem Eigenthum möglichst genähert hatten, so mußte jetzt, wo die ursprüngliche Natur des Verhältnisses nicht mehr durch neue Verleihungen in stets frischer Erinnerung gehalten wurde, die Ansicht über das gegenseitige Verhältniß der Rechte des Eigenthümers und des Besitzers sich vollends umwandeln. Man ging nicht mehr von dem Recht des Eigenthümers aus, welches durch umfassende dingliche Rechte des Beliehenen beschränkt sei, sondern vom Recht des Letzteren und faßte die noch beim Eigenthümer zurückgebliebenen Rechte als Beschränkungen dieses Rechts auf [76]). Nun fehlte es aber auch an einer inneren Rechtfertigung nicht des Rechts, auf welchem die Beschränkungen beruhten, selbst, denn dieses mußte als wohlerworbenes geachtet werden, sondern der speciellen Modalität desselben. Die dem Besitzer eines Grundstücks obliegenden Prästationen, die limitirte Dauer des Rechts, die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit vermindern den Werth des Grundstücks in höherem Maße, als das Vermögen desjenigen, zu dessen Gunsten diese Prästationen oder Beschränkungen gereichen, durch dieselben vermehrt ist [77]), und

---

ches mit vogteilichen Lasten beschwerten Eigenthums als abgeleitetes Besitzrecht können nicht hiergegen angeführt werden. Die irrthümliche Behandlung der bäuerlichen Verhältnisse durch manche Juristen, welche dieselben auf rein obligatorische Verhältnisse zurückzuführen suchten und mitunter ihre falschen Ansichten durchsetzten, gehört eben so wenig hierher, als aus diesem Fehler der Romanisten dem römischen Recht ein Vorwurf gemacht werden kann.

76) Dieselbe Auffassung mag in Rom bei dem ager vectigalis, der Superficies und Emphyteuse (wo freilich die Rechte des Besitzers wegen der größeren Freiheit der Disposition noch umfassender waren, als bei den meisten in Deutschland begründeten Leihverhältnissen) ebenfalls gäng und gäbe gewesen sein, so daß selbst die Juristen mitunter sich von derselben nicht ganz frei hielten.

77) Dieß spricht schon Plinius an der angeführten Stelle als

dieser Minderwerth kann nicht etwa als durch das Festbegründetsein der Prästationen ausgeglichen erscheinen, denn gerade dieser Umstand stellt sich innerhalb eines ausgebildeten Verkehrs als ein Nachtheil dar; ferner ist ein sicherer, frei verwendbarer Geldwerth einer Hoffnung vorzuziehen. Eine innere Nothwendigkeit war es mithin, daß aus der Umwandlung der politischen und ökonomischen Verhältnisse in Deutschland die Ueberzeugung, daß das System des freien Eigenthums das einzig zweckmäßige sei, sich bildete, befestigte und in Rechtssätzen (Ablösungsgesetzen) aussprach. Die Reception des römischen Rechts konnte hierbei nur dadurch unterstützend wirken, daß durch dieselbe einerseits die Erkenntniß dieses Systems erleichtert, andererseits auch die eine thatsächliche Voraussetzung dieses Systems, der freie und sichere obligatorische Verkehr gefördert worden war. Daß aber diese Ueberzeugung nicht lediglich aus dem römischen Recht entnommen wurde, ergibt sich daraus, daß sie sich keineswegs auf die von den Römern in geringem Umfang anerkannten Realprästationen erstreckt, sondern auch die den Römern gäng und gäbe Belastung der Grundstücke durch Servituten und andere dingliche Rechte (z. B. rein römische Emphyteusis) umfaßt, sobald bei diesen dasselbe Verhältniß, resp. Mißverhältniß hinsichtlich des Werths derselben für die beiden Grundstücke eintritt [78]).

---

etwas Bekanntes aus. Obgleich er sein Grundstück nur mit einer Rente belastet hatte, deren Capitalwerth der zu schenkenden Summe entsprach, so sagt er doch, er wisse wohl, daß er mehr aufgewendet, als er geschenkt habe, da das Grundstück durch das Moment, daß es überhaupt belastet sei, an Werth verloren habe. (Der dafür zu erwartende Kaufpreis ist geringer, als der Ueberschuß des Werthes vor der Belastung über das Rentcapital.)

78) Jhering hat in Bd. II §. 33 durch Aufstellung und Durchführung des Satzes, daß die Freiheit eine Eigenschaft der Institute und eine Schranke des subjectiven Willens sei, einen gewaltigen

Schritt in der Erkennung der inneren Natur des Rechts vorwärts gethan. Es kann ihm aber nicht zugegeben werden, daß die Römer bei ihrer Rechtsbildung überall von diesem Satze ausgegangen seien und ihn in ihren Rechtsinstituten realisirt hätten. Namentlich kann aus dem im Text angegebenen Grund nicht in seine Bewunderung des Instincts der Römer, welche (in Betreff der Belastung des Grunds und Bodens) die feine Gränzlinie entdeckt hätten, die hier das Rechte vom Verkehrten scheidet, eingestimmt werden. Wenn er sagt: „Die einzige Art der Belastung des Grundeigenthums, die das ältere Recht kennt, sind die Servituten; und sie waren (nicht durch äußeres Gebot, sondern durch meisterhafte Erkennung ihres wahren Wesens, durch die treffende Formulirung des Begriffs selbst) auf ein Maß zurückgeführt, in dem sie nie eine dem Eigenthum gefährliche Richtung gewinnen konnten" (S. 234) — so ist dieß in Betreff der Rusticalservituten absolut gerechtfertigt nur für die ältesten Weg- und Wasserservituten, nicht aber für diejenigen, durch welche die Befugniß begründet ist, etwas aus dem dienenden Grundstück zu nehmen, und dieses seinem ganzen Umfang nach in der freien Cultur beschränkt wird, wie dieß namentlich durch die Weideservituten geschieht. Diese können im einzelnen Fall, aber auch allgemein bei gewissen Culturarten innerlich gerechtfertigt sein, bei Veränderung (Verbesserung) der Culturart (z. B. Uebergang der Dreifelderwirthschaft in andere Systeme, Einführung der Stallfütterung) erscheinen sie als nachtheilige Beschränkung. Ganz dasselbe gilt aber auch für die Reallasten. Fast alle sind ursprünglich durch die Verhältnisse gerechtfertigt und ein Recht, welches sie nicht zugelassen, hätte mit dem Leben und seinen Bedürfnissen in directem Widerspruch gestanden (bei einem Volksrecht eine reine Unmöglichkeit), erst bei Veränderung der ökonomischen Verhältnisse i. w. S. werden sie drückend und nun ist es Aufgabe des Rechts, Mittel zu ihrer Beseitigung zu gewähren. Eine Formulirung kann also vom Anfang an gegen schädliche Einwirkung nicht sichern, der Inhalt ist es allein, der wichtig wird.

Dritter Abschnitt.

Das Obligationenrecht.

Drittes Capitel.

Das Recht der Verträge.

§. 29.

Entstehung und Rechtsgrund der Obligation.

Wenn man durch eine Vergleichung des römischen und germanischen Obligationenrechts ein haltbares Resultat erzielen will, so muß man mehr als in einer andern Lehre vorsichtig zu Werk gehen. Eine Gegenüberstellung des ausgebildeten römischen Obligationenrechts und des germanischen Rechts vor der Reception ist wegen der verschiedenen Phasen der Ausbildung beider Rechte unthunlich. Dort ein Recht, welches durch den regsten in der Weltstadt seinen Mittelpunkt findenden, durch keine Fessel beschränkten, nicht durch die vorherrschende Wichtigkeit der Immobilie in seiner Bedeutung zurückgedrängten Verkehr ausgebildet, von den feinsten Köpfen mit besonderer Liebe gepflegt und wissenschaftlich durchgebildet ist — hier ein Recht, welches dem durch Nichts geförderten, durch politische und sociale Einrichtungen vielmehr gehemmten, wegen des Vorherrschens der Immobilie nicht gewürdigten Verkehr in seiner Mangelhaftigkeit entspricht und eine Pflege von keiner Seite erhalten hat. Aber ebenso wenig darf man aus einer Vergleichung des ausgebildeten römischen Rechts mit unserem modernen Recht eine principielle Verschiedenheit abstrahiren wollen. Das hieße nichts Anderes, als in dem hoch-

civilisirten Muttervolk und in der Colonie, welche auf fremden Boden verpflanzt und wenig mit Eingeborenen vermischt, aber von manchen im alten Land einengenden Banden befreit, sich weiter entwickelt und fortbildet, einen principiell verschiedenen Charakter finden zu wollen. Vergleichen dürfen wir nur die Anfänge, aus welchen sich das Obligationenrecht bei beiden Völkern entwickelt hat, und den Gang dieser Entwickelung. Und auch hier stellt sich wieder statt der principiellen Verschiedenheit eine Uebereinstimmung in den Anfängen und in dem Gange der Entwickelung heraus, wie in den anderen behandelten Lehren.

Mit Recht behandelt der Verf. zunächst und vorzüglich die vertragsmäßigen Obligationen, es soll daher auch hier mit der Betrachtung derselben begonnen werden.

Das oberste Princip eines ausgebildeten Vertragsrechts ist die Realisirung des vernünftigen obligatorischen Willens der Contrahenten als solchen, und je größer die Möglichkeit dieser Realisirung ist, desto ausgebildeter erscheint das Recht. Es wäre nun aber eine lediglich äußerliche Auffassung dieses Princips, wollte man dasselbe in dem Satz dargestellt finden, daß jeder obligatorische Vertrag als solcher auch ohne bestimmte Form des Abschlusses klagbar sei. Dieser rein negative Satz ist nur eine der Consequenzen des Princips, aber eine so unwichtige, daß die Nichtanerkennung desselben in einem positiven Recht das Princip selbst nur äußerlich modificirt [1]). Die eigentliche Bedeu-

1) Es läßt sich sehr gut ein ausgebildetes Obligationenrecht denken, welches eine bestimmte Vertragsform festsetzt, nicht aber ein solches, welches lediglich stricte Contracte anerkennt, resp. die Anfechtung stricter Contracte aus inneren Gründen ausschließt. Das preußische Landrecht und der Code civil stehen trotz der vielfach vorgeschriebenen Vertragsformen auf einem bei weitem höheren Standpunct als das altgermanische Recht.

tung des Princips ist eine tiefere, sie liegt in der Berücksichtigung des Willens selbst im Gegensatz zu der Erklärung desselben.

Allerdings wird jedes Recht, da der Wille nur durch die Erklärung erkannt werden kann, bei Beurtheilung der Verträge zunächst von der den Vertragsabschluß bewirkenden Willenserklärung auszugehen haben, es darf dieselbe jedoch nicht als den obligatorischen Willen repräsentirend, sondern nur als Erkenntnißmittel desselben auffassen und hat also namentlich zu untersuchen, ob die Erklärung eine freie, nicht durch Zwang hervorgebrachte war. Der erkannte obligatorische Wille ist sodann seinem ganzen Umfang nach aufzufassen, und wo die totale oder partielle Wirksamkeit desselben mit der Existenz gewisser Thatsachen verknüpft ist, muß die Existenz derselben untersucht werden. Ferner ist zu untersuchen, ob der Wille vernünftig ist. Unvernünftig, weil logisch unmöglich, erscheint der Wille hinsichtlich seiner Entstehung, wenn derselbe nicht aus einer bestimmten nächsten Absicht hervorgegangen ist, hinsichtlich seines Fortbestehens, wenn und soweit ein dem Inhalt entgegengesetzter obligatorischer Wille existent geworden ist — Erlaß, Compensation [2]), Retention. Unvernünftig, weil unsittlich, ist der obligatorische Wille, wenn derselbe in Causalnexus mit einer unsittlichen oder widerrechtlichen Handlung steht, oder wenn seine Realisirung in einer unsittlichen

2) Wenn der obligatorische Wille des A und des B dahin gerichtet ist, daß A dem B 200 schulde und hierauf der obligatorische Wille derselben Personen darauf gerichtet wird, daß B dem A 100 ganz in derselben Weise schulde, so modificirt dieser letztere Wille den erstern mit Nothwendigkeit dahin, daß A dem B 100 schulde. Die Coexistenz der entgegenstehenden auf das Schulden der 100 gerichtete Willen ist nur formell denkbar, materiell aber ebenso wenig, als der auf Schuld und der auf Erlaß der Schuld gehende Wille neben einander bestehen kann, ohne sich gegenseitig aufzuheben.

oder widerrechtlichen Handlung bestehen würde, ferner dann, wenn derselbe durch eine betrügerische Thätigkeit desjenigen der Contrahenten, zu dessen Vortheil die Realisirung gereichen soll, hervorgebracht ist.

Um den obligatorischen Willen als solchen zu realisiren, muß das ausgebildete Recht daher auch einen Rechtsgang geschaffen haben, in welchem dem Richter die Beurtheilung aller dieser Umstände möglich gemacht wird [3]); aus der Nichtexistenz eines solchen kann mit Sicherheit auf die Nichtexistenz jenes Princips geschlossen werden, und was von der absoluten Nichtexistenz gilt, muß auch von der relativen gelten.

Wenn uns heut zu Tage diese Auffassung der vertragsmäßig entstandenen Obligation, weil wir dieselbe im bestehenden Recht vorfinden, als selbstverständlich erscheint, und wir eine Abweichung von derselben nur als in einzelnen Fällen aus Utilitätsrücksichten geforderte Singularität betrachten, so ist es doch ein Anachronismus, wenn man diese Auffassung auch einem Recht, welches auf den ersten Stufen seiner Entwickelung steht, zuschreibt, oder nur bei Beurtheilung eines anfänglichen Rechts von diesem Gesichtspunct ausgeht. Die Anerkennung des vernünftigen Willens als Rechtsgrund der Obligation gehört vielmehr zu den Errungenschaften einer lang dauernden Rechtsentwickelung, nur allmälig und schrittweise wird sie erkämpft. Das Recht, wo es zuerst sich gedrungen fühlt, eine vertragsmäßige Obligation anzuerkennen, realisirt

3) Dieß ist natürlich nicht so zu verstehen, als solle der Richter ex officio das ganze Rechtsverhältniß zu untersuchen verpflichtet sein. Es kann vielmehr die Vorlage des Materials den Parteien selbst um so mehr überlassen bleiben, als die richterliche Kenntniß jedes zur Beurtheilung des Rechtsverhältnisses wichtigen Umstands im Interesse der einen oder der andern Partei ist, von dieser also nicht leicht verschwiegen werden wird.

die hinsichtlich der Form und des Objects bestimmt qualificirte Willenserklärung in stricter Weise. Die Entwickelung des Vertragsrechts besteht darin, daß allmälig der Wille selbst der Erklärung substituirt wird, und in der Entfernung beengender Schranken.

Betrachten wir nun diese Anfänge und den Gang der Weiterbildung derselben bei den Römern und bei den Germanen.

Das alte römische Recht erkennt zwei Verträge rechtlich an, jedoch nur als vollzogene. Beide gehören der Zeit an, als schon das Metall als das hauptsächlichste Verkehrsmittel gebraucht wurde. Es ist der Kauf und das Darlehn. Wurde in feierlicher Weise von der einen Seite eine Sache übertragen, von der anderen Geld zugewogen, so war damit das begriffsmäßig einzig mögliche Recht an Geld und das civilrechtlich einzig anerkannte Recht an der Sache übergegangen. Wurde das Geld jedoch feierlich zugewogen nicht gegen Empfang einer Sache, sondern um in bestimmter Zeit eben so viel zurückgewogen zu erhalten, so war das Recht an dem Geld übergegangen und zugleich die Verpflichtung des Empfangs zur Rückgabe begründet. Diese Formen befriedigten die hauptsächlichen Befürfnisse des Verkehrs. Uebertragungen von Sachen zum Gebrauch und zur Aufbewahrung mögen zwar ebenfalls schon früh vorgekommen sein, aber eine rechtliche Anerkennung des dadurch entstandenen Verhältnisses ist kein so mächtiges Bedürfniß, da die Hauptseite desselben durch die Eigenthumsklage realisirt werden kann. Mit dem Aufkommen des geprägten Geldes verlor das Zuwägen des Metalls seine Bedeutung, der conservative Sinn der Römer ließ aber nun nicht etwa die Zuzählung an die Stelle des Zuwägens in dem feierlichen Act treten, sondern er behielt das letztere als symbolische Form bei. Dadurch war nun aber auch

die Möglichkeit gegeben, die beiden Rechtsgeschäfte zu andern Zwecken zu benützen. Die Mancipation wurde zur abstracten Eigenthumsübertragung verwandt, es war aber auch möglich geworden, durch eine bei dem Act ausgesprochene Lex zwar nicht das an der Sache oder in Betreff derselben begründete Recht zu modificiren (denn dieses konnte nur das dominium ex jure Quiritium sein), doch aber den Empfänger mit Bezugnahme auf das übertragene Recht, resp. das Object desselben zu obligiren — der That nach also ein widerrufliches Eigenthum zu bestellen, und so konnte nun das Leihen und Anvertrauen von Sachen in einem Rechtsgeschäft vorgenommen werden. In derselben Weise wurde das Nexum fähig, auch einen anderen Inhalt aufzunehmen, als das Versprechen der Rückgabe des in dem Act oder zur Zeit desselben erhaltenen Geldes. Contrahirte man ein Darlehn unter Nexalform, so ging die numeratio jetzt neben dem Rechtsact her. Darum erschien die in demselben ausgesprochene Lex jetzt als das eigentliche die Obligation begründende Moment, und ihr Inhalt war mithin nicht mehr auf Rückgabe beschränkt, da ja in dem Act selbst nichts mehr gegeben wurde [4]).

Neben diesen Vertragsformen findet sich noch die sponsio vor, in welcher ich jedoch keineswegs erst eine spätere Form erkennen möchte, sondern die Form der gerichtlichen Eingehung eines Vertrags im Gegensatz zu der außergerichtlichen Nexalform, ebenso wie der Mancipation die in jure cessio entgegentritt [5]). Deßwegen auch das religiöse Moment in

---

4) Es bleibt völlig dasselbe, wenn man die spätere Nexalobligation als fingirtes Darlehn auffaßt. Diese Auffassung läßt sich mit der aus dem allgemeinen Valutenbekenntniß „Werth erhalten" abstrahirten Auffassung des Wechsels als Darlehnscaution vergleichen.

5) Ich will hiermit keineswegs einen absichtlichen Dualismus der Rechtsbildung urgiren, sondern möchte den Ursprung der Stipulation

der sponsio, deßwegen aber auch die rechtliche Wirksamkeit der einfachen Worte.

So hatte das alte Civilrecht genügende Formen zur Eingehung von Obligationen, resp. zur Erhebung von Verpflichtungen in das Gebiet der rechtlichen Realisirbarkeit. Die Realisirung selbst war eine einfache. Es bedurfte lediglich des Beweises des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, die Wirkung desselben, das Verpflichtetsein zur Zahlung einer Geldsumme war von selbst gegeben, das Urtheil unserer heutigen Auffassung nach gleichsam schon im Voraus gesprochen. Einreden irgend welcher Art fanden keinen Platz, selbst die einfache außergerichtliche Realisirung der Obligation bildet nicht den Inhalt einer solchen, der Beklagte konnte sich nur durch den Nachweis der feierlichen Aufhebung der Obligation durch in contrarium agere vertheidigen.

Neben diesen Rechtsgeschäften her gingen die Geschäfte des Lebens, als deren Solennisirung die Rechtsgeschäfte erscheinen und die an sich rechtlich indifferent waren. Das sich ausbildende Recht ward aber genöthigt, auch diese in seinen Bereich hereinzuziehen. Es geschah dieß in verschiedener Weise. Der Mancipation liegt der Gedanke zu Grund, daß es angemessen sei, daß, wenn eine Leistung für eine andere Leistung gemacht sei, diese letztere vollbracht werde, das Nexum aber beruhte auf dem Satz, daß das in der Absicht, es wieder zurückzuerhalten, Geleistete, wieder zurückgeleistet

---

in dem von dem Richter der Partei aufgegebenen Versprechen judicio sisti, judicatum solvi finden. Bei diesem war die Nexalform ebensowol wegen der Evidenz, daß die für den Richterscheinungsfall ausgesprochene poena, daß das Judicat die Natur eines Darlehns nicht hat, als auch wegen des Mangels der Freiwilligkeit der Verpflichtung nicht anwendbar. Erst später mag man die Form auch auf andere der Sicherheit wegen gerichtlich vorgenommene und endlich auch auf außergerichtliche Versprechen angewandt haben.

werden müsse, und beide Rechtsgeschäfte bestehen nur in einem Concretmachen dieser allgemeinen Sätze und in einer Beschränkung auf das Entgegen- und Zurück-Geben. Das spätere Recht faßt diese Sätze aber unbeschränkt und abstract auf, indem es sie, auch ohne daß sie feierlich concret gemacht sind, und ohne eine Beschränkung auf ein Geben anerkennt.

Diese Anerkennung erfolgte nicht auf einmal und unbedingt. Am Leichtesten und darum wol am Frühsten mag sie in Betreff des Darlehns stattgefunden haben. Die rechtlich anerkannte Form des Eigenthumsübergangs des Geldes war die Zuwägung des ungeprägten Metalls, die Zuzählung des gemünzten. Wer daher Geld mit der Auflage eben soviel zurückzuerhalten zuwägt oder zuzählt, erwirbt eine rechtlich anerkannte Obligation auf ein dare. Es fehlt hier nichts als die Solennität des Civilacts, deßwegen genügt auch zur Realisirung nicht der Beweis der numeratio mit der Auflage und der Annahme, sondern der Richter muß noch durch die condemnatio die Solennität ergänzen. Nach dieser Ergänzung ist die Obligation der Neralobligation gleich [6]. Die condemnatio selbst ist aber nur reine Form, deren Inhalt aus dem Rechtsgeschäft selbst genommen ist ohne ein hinzukommendes neues Moment. Das Geschäft gehört daher ganz dem stricten Recht an, und eine Vertheidigung des Beklagten ist nur durch den Nachweis der geleisteten Rückzahlung möglich.

War eine Uebereinkunft dahin abgeschlossen worden, daß von jeder Seite etwas geleistet werden sollte, so ignorirte das Recht zwar diese Uebereinkunft an sich völlig. War jedoch in Folge derselben von der einen Seite Eigenthum übertragen,

6) Der Satz, daß der nexus dem condemnalus gleich stehe, gehört der späteren Auffassung an, ursprünglich mußte es umgekehrt lauten: der judicatus steht dem nexus gleich.

so erschien diese Uebertragung als eine qualificirte in der Art, daß, da die Uebertragung lediglich aus der Absicht, die Gegenleistung zu erhalten, hervorgegangen war, der Effect derselben auch von der Erfüllung dieser Absicht abhängig erschien. Nicht zwar in der Weise, daß die Uebertragung selbst vor der Gegenleistung als wirkungslos betrachtet wurde, denn der Wille ging ja auf Eigenthumsübertragung, aber so, daß die Dauer des Eigenthums als durch die Gegenleistung bedingt aufgefaßt wurde. Erfolgte daher die Gegenleistung nicht, so gab das Civilrecht dem Uebertragenden die condictio in derselben Weise, wie es dieselbe dem Darleiher gegeben hatte. Strict war diese Klage ebenfalls, vertheidigen konnte sich der Beklagte nur durch die Einrede des Erfülltseins der die Uebertragung begleitenden Absicht.

So weit konnte das Civilrecht gehen, ohne wesentlich neue Grundsätze aufzunehmen, aber dem sich stärker entwickelnden Verkehr war damit noch nicht Genüge geschehen. Man pflegte Sachen Anderen zum Gebrauch zu überlassen, ihnen zur Aufbewahrung anzuvertrauen, zur Sicherung der thatsächlichen Realisirung einer Forderung zu übertragen, ohne denselben Eigenthum einzuräumen, sei es, daß man als Nichteigenthümer dieß nicht vermochte, sei es, daß man sich der Sache rechtlich nicht entäußern und somit die Vindication aufgeben wollte, sei es, daß das Rechtsgeschäft überhaupt als zu lästig erschien. So lange dieß Uebertragen nicht rechtlich anerkannt war, hatte der übertragen habende Nichteigenthümer keine Klage auf Wiedererlangung, und wenn auch dieß, weil meistens der Eigenthümer die Uebertragung vornehmen mochte, nicht besonders lästig war, so genügte doch auch die Vindication keineswegs den Bedürfnissen des Verkehrs. Der Empfänger konnte der Vindication gegenüber die Befugnisse, welche ihm der Vindicant bei der Uebertragung eingeräumt

hatte, nicht geltend machen, der Commodatar konnte sich nicht darauf berufen, daß die Zeit, für welche ihm die Sache überlassen war, noch nicht verflossen, der Pfandgläubiger, daß die principale Forderung nicht getilgt sei, beide sowol als der Depositar konnten nicht den Ersatz ihrer nothwendigen Verwendungen auf die Sache verlangen; aber auch der Commodant, Deponent, Pfandschuldner konnten ihr Interesse wegen ordnungswidrigen Gebrauchs, wegen Beschädigung nicht geltendmachen u. s. w. u. s. w.

Wollte aber das Recht diese Uebereinkünfte anerkennen, so konnte dieß der Natur der Sache nach nicht durch Einräumung der civilen Condictio geschehen und mit der Gewährung einer neu gebildeten stricten Klage auf Rückgabe war ebenso wenig genügend geholfen. Das Verhältniß konnte überhaupt nicht nur nach Einer Richtung hin und mit Einer rechtlichen Wirkung, sondern es mußte in seiner Totalität aufgefaßt und anerkannt werden. Damit war aber eine Abweichung vom Princip des stricten Rechts mit Nothwendigkeit gegeben. Diese Abweichung erfolgte und erfolgte mit Bewußtsein. Man schuf ein neues Verfahren, in welchem es möglich war, alle diejenigen Ansprüche, welche, der sittlichen Auffassung nach, aus der die Ueberlassung von Sachen begleitenden Uebereinkunft und späteren Ereignissen in Betreff der Sachen entsprangen, zur rechtlichen Anerkennung zu bringen. Der Arbiter ließ sich das gesammte Material von den Parteien vorlegen, untersuchte, erwog, stellte fest, versuchte die Parteien zu veranlassen, ihre Verpflichtungen gemäß der allgemeinen sittlichen Anschauung zu erfüllen — erreichte er dieß nicht, so faßte er die Ansprüche in Einen Anspruch auf Geldeswerth zusammen und gab durch die Condemnation demselben die civile solenne Form, durch welche er zur civilen stricten Obligation wurde. —

Einfachen Verhältnissen genügt die rechtliche Anerkennung des vollzogenen Kaufs, wie sie heut zu Tage im kleinen Marktverkehr, im größeren Verkehr bei einzelnen Geschäftszweigen und in dem Handel mit uncivilisirten Völkern genügen würde. Sobald aber der Verkehr ein regerer wird, ein eigentlicher Handelsverkehr sich ausbildet, wird die rechtliche Anerkennung der nichterfüllten Kaufsübereinkunft nothwendig. Ich möchte dabei weniger Gewicht auf die Nothwendigkeit der Creditirung des Kaufpreises legen, denn hier kann so leicht durch ein strenges Rechtsgeschäft geholfen werden, wie ja auch heut zu Tage durch das Begeben von Wechseln die Forderung auf den Kaufpreis aus dem Gebiet des Kaufs heraus und in ein anderes herübergezogen wird. Größeres Gewicht lege ich auf das Interesse des Käufers, die versprochene Waare zu erhalten und des Verkäufers, die Empfangnahme derselben gesichert zu wissen. Ohne diese Sicherung ist jede Verkehrsthätigkeit, welche man als Speculation im weitesten Sinn bezeichnen kann, unmöglich. Das sich Bedingen von Waare und Preis, genauer von Lieferung der Waare und Zahlung des Preises, das Bedürfniß, unter Umständen einen höheren Anspruch geltend machen zu können, als den auf den Werth der Waare, lassen aber die Solennisirung der abgeschlossenen Kaufsübereinkunft durch zwei Civilobligationen auf ein gegenseitiges dare unzweckmäßig erscheinen. — Bei der Miethe liegt die Hinausschiebung der Erfüllung von beiden Seiten im Begriff des Geschäfts. Das gegenseitige Bedingtsein der Leistungen der Contrahenten tritt aber hier fast noch prägnanter hervor, als beim Kauf, die Möglichkeit der stricten Fassung der beiderseitigen Obligationen ist noch weniger möglich. Dasselbe gilt wegen der Unmöglichkeit, das Object der aus diesen Uebereinkünften entstehenden Obligationen im Voraus zu kennen und zu bestimmen, für das Mandat und die Socie-

tät. — Mußten und sollten nun diese Geschäfte des Lebens als Rechtsgeschäfte anerkannt werden, so blieb kein anderer Weg übrig, als der, die Cognition über dieselben ebenfalls dem Arbiter zuzuweisen und durch dessen Ausspruch eine strenge Obligation entstehen zu lassen.

Die von den Römern gewählte Behandlungsart der bonae fidei negotia machte die hohe Ausbildung ihres Vertragsrechts möglich; es war ein Weg gefunden, auf welchem die in der sittlichen Auffassung vorhandenen Sätze in das Recht hinübergeführt werden konnten. Der Arbiter faßte das ihm zur Beurtheilung vorliegende Geschäft in seiner Totalität und in seiner Individualität auf. Regeln, nach welchen er zu erkennen hatte, gab es nicht, sein Ermessen entschied. Dieses aber, obwol ein subjectives, stand mit der sittlichen Volksanschauung nicht außer Bezug, sondern diese zeigte sich gerade in dem individuellen Ermessen, und so erscheint jedes Arbitrium als eine Manifestation der sittlichen Volksanschauung in einem concreten Fall. Es konnte nun nicht fehlen, daß sich allmälig eine Formulirung solcher Sittensätze bildete, welche der Entscheidung des Arbiter häufig zu Grund gelegt werden mußten. Die Wissenschaft bemächtigte sich derselben, gruppirte sie und so bilden sich die einzelnen Rechtsinstitute aus. Manche der so formulirten Sätze bezogen sich aber nicht nur auf ein einzelnes Rechtsinstitut, sondern konnten bei jedem Streit über ein Rechtsgeschäft zur Berücksichtigung gelangen, und je mehr man sich daran gewöhnte, die Sitte im Recht anerkannt zu finden, desto auffälliger und verletzender mußte die Nichtberücksichtigung dieser Sätze bei den stricti juris negotia erscheinen. Der Prätor fühlte sich daher auch veranlaßt, denselben eine allgemeine rechtliche Anerkennung zu verschaffen. In dem Formularproceß war die Möglichkeit dazu gegeben. Die abstracte und absolute Condemnation wurde

durch Zusätze, welche auf derartige Sätze basirte Ausnahmen enthielten, beschränkt.

Damit war aber eine wesentliche Veränderung des gesammten Vertragsrechts hervorgebracht. An der Spitze der durch die Arbitria ausgebildeten Sätze steht der Satz, daß der rechtliche Wille der Parteien das eigentliche obligationerzeugende Moment bildet. Innerhalb des Wirkungskreises des Arbiter mußte daher auch dieser Satz zur Anerkennung der Perfection der Verträge durch die Willenserklärung der Partei führen. Bei den drei Realverträgen war dieß der Natur der Sache nach nicht möglich [7]), bei den vier anderen wird der Satz schon früh als Rechtssatz formulirt. In das strenge Recht konnte er nicht unbedingt übergehen, da er ja die Wesenheit der Formalverträge direct zerstört hätte, er wurde aber in Betreff solcher Obligationen, welche der Geltendmachung selbst von stricten Formalobligationen entgegenstanden, anerkannt. Außer in denjenigen Fällen, welche schon früh dem Arbiter zugewiesen wurden, konnte mithin ein klagbarer Vertrag nur durch einen Formalact und zwar, nachdem das Nexum verschwunden war [8]), durch Stipulation entstehen, und selbst die Einführung der praescriptis verbis actio veränderte diesen Grundsatz nicht, da dieselbe ja keineswegs aus dem ursprünglichen nudum pactum hervorging, sondern, mochte sie auf Rückleistung [9]) oder auf Gegenleistung gehen,

7) Wenigstens gilt dieß für die Hauptwirkung, welche auf ein Zurückleisten geht. Die Obligirung des Commodanten und Pfandschuldners zur Belassung der Sache, des Depositars zur Aufbewahrung beruht auf der einfachen Willenserklärung. S. u.

8) Die literarum obligatio lasse ich aus begreiflichen Gründen ganz außer Betrachtung.

9) Sicherlich die früheste Anwendung der Klage nach Analogie der a. commodati, depositi, pigneratitia in Fällen, wo die condictio nicht möglich war, weil nicht Eigenthum übertragen war, z. B. in den Fällen der l. 17. §. 2. 3. l. 20. 23 de praescriptis verbis.

aus der Leistung, genauer aus der Entgegennahme der Leistung [10]) entsprang.

Aber diese Nothwendigkeit des Gebrauchs der Stipulation beengte nicht mehr, denn der Formalismus war jetzt lediglich ein äußerlicher geworden, während der ursprünglich dem Formalvertrag inwohnende innere Formalismus eben durch die aus den bonae fidei judiciis herübergenommenen Sätze gebrochen war. Die Stipulation war zwar allerdings an sich noch ein formales absolutes Versprechen, der äußere Grund, welcher zur Promittirung geführt hatte und somit Zweck derselben war, konnte aber nicht nur durch Aufnahme in die Stipulationsworte unter der Form einer hinzugefügten Bedingung rechtliche Berücksichtigung finden, sondern es war sogar auch ohne diese möglich, durch eine auf das Nichtvorhandensein oder Nichterreichtsein des Zwecks gestützte exceptio doli die Stipulation unwirksam zu machen. Das Object der Stipulation brauchte nicht mehr eine feste Summe zu sein, sondern konnte in anderer Weise ausgesprochen werden, und durch eine hinzugefügte Clausel war es sogar möglich, alle bei den Arbitria zur Frage kommenden rechtlichen Momente in die rechtliche Beurtheilung des Vertrags herein zu ziehen. So war der That nach die Möglichkeit gegeben, jeden beliebigen Vertrag mit der der vernünftigen Absicht der Parteien gemäßen rechtlichen Wirksamkeit abzuschließen, und da man bei Abschließung der Stipulation nicht in kleinlicher Weise an bestimmten Worten festhielt, sondern die Solennität lediglich in einer gewissen Art der Wortfassung bestand [11]), welche in

10) Siehe unten.

11) Selbst die Unannehmlichkeit, die einzelnen Vertragspuncte in Frag und Antwort zu fassen, verschwand dadurch, daß man die Stipulation nur als Schlußclausel dem einfach geschlossenen Vertrag hinzufügte.

ihrer Einfachheit so recht geeignet war, die Absicht der Parteien, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, hervortreten zu lassen[12]), so erschien nun der rechtliche Wille der Partei als das eigentliche obligationerzeugende Moment. —

Im germanischen Recht tritt das formelle Moment von Anfang allein hervor. Das abstracte Versprechen einer Summe oder einer Sache begründet allein die Obligation. Ein Anschluß an ein materielles Geschäft wie im römischen Recht findet sich nicht, und zwar weil dasjenige Geschäft, an welches dieser Anschluß am Leichtesten möglich ist und dort auch Statt fand, das Gelddarlehn, aus begreiflichen Gründen nicht häufig vorkam. Die einzelnen obligatorischen Geschäfte werden nicht interessant als obligatorische auf Erfüllung gerichtete, sondern als aus dem Gebiet des obligatorischen Rechts herausgetretene, als erfüllte. Dieß gilt namentlich vom Kauf, dessen Abschluß als rechtlich irrelevante Vorbereitung des Eigenthumsübergangs erscheint, während er vollzogen nur als den Eigenthumsübergang qualificirend von Bedeutung ist; diesem schließt sich der Tausch an. Eine Obligation erzeugte das Versprechen, das Gelöbniß, und dieß wurde einfach geleistet ohne Hinzufügung einer causa, oder diese, wenn hinzugefügt, war doch rechtlich irrelevant. Es hatte ganz die innere Natur der römischen Stipulation. Die Klage aus demselben ging auf Erfüllung, und die Verurtheilung erfolgte dem bestimmten Klaggesuch gemäß. Formeller Abschluß der Verträge, d. i. formelles Leisten der abstracten Versprechen war üblich. Daß kein allgemeiner Rechtssatz über die Nothwendigkeit desselben formulirt wurde, daran ist die schon so oft urgirte vereinzelte Rechtsbildung Schuld. In den einzelnen Rechtskreisen bildeten sich verschiedene Solennitäten aus und

12) Dieß zeigt sich in dem Gebrauch der Stipulation bei Consensualverträgen.

unter diesen finden wir sogar, wie ausdrücklich berichtet wird, die Fassung des Versprechens in Frage und Antwort.

Unbedenklich kann als älteste Art der Vornahme eines Gelöbnisses das Geloben vor Gericht angesehen werden, und zwar mag dasselbe seinen Ausgang von dem Geloben einer Sühne für ein begangenes Verbrechen genommen haben. Dieß wird in hohem Grade wahrscheinlich, wenn man bedenkt, wie in Zeiten eines unentwickelten Verkehrs Versprechungen mit hinausgerückter Erfüllung in anderen Fällen selten oder gar nicht vorgekommen sein mögen, in Compositionsfällen hingegen die augenblickliche Befriedigung des Gläubigers meistens unmöglich gewesen sein, dieser aber nur, wenn ihm die Realisirung seiner Forderung gesichert war, sich zur Beilegung des Streites verstanden haben mag. Diesem Versprechen schließt sich das in Betreff des Bestandes eines gerichtlich vollzogenen Geschäfts, namentlich einer Eigenthumsübertragung an, das Versprechen der Evictionsleistung resp. einer poena bei Anfechtung des Geschäfts durch die Parteien oder einen Dritten. Endlich ist auch die Möglichkeit gegeben, andere Versprechungen vor Gericht vorzunehmen und zwar entweder primär oder in der Form der Anerkennung sowol durch die Contrahenten selbst, als durch andere als Bürgen sich verpflichtende Personen.

In dem Sachsenrecht erhielt sich diese älteste Art der Gelobung insofern als ausschließliche, als nur sie als unbedingt wirksam galt; in anderen Rechtskreisen wurde ein Abschluß vor rogirten Zeugen (meist war, namentlich in Städten, eine besondere Qualification derselben erforderlich) als unbedingt wirksam anerkannt. Die unbedingte Wirksamkeit bestand darin, daß, wenn der Gläubiger durch das Gericht oder die rogirten Zeugen (wo Urkunden anerkannt waren, durch die Unterschrift der Zeugen) den Abschluß des Geschäfts und den Inhalt des-

selben beweisen konnte, das Erkenntniß in Gemäßheit dieses Inhalts erfolgen mußte, und Einreden des Schuldners, welche sich nicht aus diesem Inhalt ergaben, mit Ausnahme der exceptio solutionis nicht dagegen vorgebracht werden konnten; nicht aber bildete die Anführung resp. der Nachweis des qualificirten Abschlusses einen Theil des Klaggrundes. Der Mangel dieses qualificirten Abschlusses brachte nur eine processualische Verschiedenheit hervor, welche aber von dem bedeutendsten materiellen Einfluß war. War das Gelöbniß nicht in der anerkannten qualificirten Form geleistet, so hatte der Beklagte das Recht, der Klage durch den Reinigungseid zu entgehen.

Man faßt den Reinigungseid falsch auf, wenn man in ihm nur eine Abläugnung der Thatsachen, auf welche der Kläger seine Klage stützt, erkennt. Allerdings kann er diese Abläugnung oder lediglich dieselbe enthalten, er hat aber auch die Fähigkeit, andere Momente in sich aufzunehmen. Das Gericht hatte ursprünglich die Function, einen evidenten Anspruch zu realisiren, nicht aber die Existenz des Anspruchs selbst zu untersuchen. Wie heut zu Tage bei unseren strengen Proceßarten war daher ein künstlicher Beweis oder ein solcher, durch welchen die Evidenz nicht unbedingt und formell erbracht werden konnte, namentlich also auch Beweis durch einfache (nicht rogirte) Wissenszeugen ausgeschlossen. Evident war der Anspruch, wenn das Gericht selbst das mit Bezugnahme auf die Möglichkeit späterer rechtlicher Realisirung abgegebene feierliche Schuldbekenntniß kannte, oder wenn zur Leistung eines solchen rogirte Zeugen dieselbe bekräftigten; evident war die Schuld aus einer unrechtmäßigen Handlung, die vor Gericht begangen oder durch das Gerüfte in das Gericht

gezogen wurde [13]), und das Gericht konnte deßwegen ohne weitere Untersuchung seinen Spruch fällen. Wurde nun aber die Evidenz der Schuld in diesem Sinn von dem Kläger nicht behauptet, so wurde derselbe nicht ohne Weiteres abgewiesen, sondern es wurde ihm die Möglichkeit gewährt, die Schuld dadurch evident zu machen, daß der Beklagte zu einer Erklärung über die Existenz derselben veranlaßt wurde. Bekannte dieser die Schuld, so war die Evidenz hergestellt und die Verurtheilung konnte erfolgen; bekannte der Beklagte nicht, so war er aber damit noch nicht von der Klage entbunden, sondern das Gericht verlangte von ihm eine ausdrückliche der des Klägers entgegenstehende Erklärung und durch den Eid, mit welchem dieselbe bekräftigt sein mußte, eine Garantie für deren Wahrhaftigkeit. Da nun aber die Klage auf das Schuldigsein ging [14]) und die Erklärung des Beklagten in einem Bekennen oder Versagen zu bestehen hatte, so war der Inhalt des beklagtischen Eides auch lediglich das Nichtschuldigsein. Konnte und wollte der Beklagte sich einfach durch Abläugnung der obligationerzeugenden Thatsache vertheidigen, so umfaßte der Eid auch eben nur diese Abläugnung. Es konnte aber auch vorkommen, daß der Beklagte gar nicht im Stande war, die Thatsache, aus welcher der Kläger seinen Anspruch ableitete, in Abrede zu stellen, daß er aber aus anderen Ursachen die Entstehung oder Fortexistenz der Obligation läugnen wollte. Diese Ursachen konnte er nicht als besondere Vertheidigungsmomente vorbringen, da er dieselben regelmäßig

---

13) Die Evidenz durch den Besitz einer Sache wird unten besprochen.

14) Der Kläger gab anfänglich gar nicht die Thatsachen, auf welche er seinen Anspruch gründete, an und sogar benannte er erst auf Antrag des Beklagten die Kategorie der Schuld (s. z. B. Sachsensp. III. 41 §. 4. Richtsteig Landrechts 6).

nicht strict beweisen konnte, er konnte sich aber durch dieselben für berechtigt halten, seine Nichtschuld anzunehmen und demgemäß den Reinigungseid zu leisten. Aeußerlich trat diese Verschiedenheit der Vertheidigung nicht hervor; wer sich mit Bezug auf die Nichtexistenz der obligationerzeugenden Thatsache losschwor, leistete denselben Eid, wie derjeneige, welcher sich auf die Nichtentstehung der Obligation oder die nachherige Aufhebung derselben innerlich bezog — alle schworen „nicht schuldig zu sein." Gerade aber in der Möglichkeit, die beiden letzteren Vertheidigungsmomente in sich aufzunehmen, liegt die Bedeutung des Reinigungseids und dadurch rechtfertigt sich das Gewicht, welches man auf Erhaltung desselben legte. Faßt man den Reinigungseid lediglich als gegen die Existenz einer bestimmten Thatsache gerichtet auf, so erscheint er in seiner Ausschließung jedes Gegenbeweises als gänzlich verwerflich und die Worte des Sachsenspiegels, welche die Beibehaltung desselben gegen Karl's des Großen Willen berichten, enthalten eine grobe Unsittlichkeit, denn wenn die Sachsen das Recht haben sollten, eine Thatsache, „wie wissentlich sie sei," abzuschwören, so bestand ihr Palladium in dem Recht — einen Meineid zu schwören.

Auf diese Weise war die materielle Entscheidung über eine Obligation lediglich in das Ermessen des Beklagten gestellt. Garantien dafür, daß er sich bei der Entscheidung nicht von seinem Vortheil, sondern von seiner Rechtsüberzeugung leiten lasse, gewährte sein Eid, und da die Rechtsüberzeugung des Einzelnen, namentlich in unentwickelteren Zuständen nie als individuell besonders auftritt, sondern mit der allgemeinen übereinstimmt, so kann man den aus einem nicht qualificirten Gelöbniß Beklagten als den Arbiter über die eingeklagte Forderung bezeichnen [15]). Da derselbe aber niemandem

15) Aehnlicher sind dem Arbiter noch, weil von der Partei per-

verantwortlich und durch äußere Vorschriften nicht gebunden sein konnte, so lag auch kein Bedürfniß vor, allgemeine Sätze über diejenigen bei Obligationen zur Frage kommenden Puncte zu formuliren, welche gewöhnlich in dem Reinigungseid Berücksichtigung fanden, und daher erklärt sich meines Erachtens die Dürftigkeit der über Obligationen formulirten Sätze. Dieß gilt namentlich in Betreff der Perfection der Verträge, der Ernstlichkeit und Ungezwungenheit der Willenserklärung, des Irrthums, der beigefügten Bedingungen, der exceptio doli und speciell des nicht erfüllten Vertrags, der Compensation, des Nachlasses, gegenüber der verhältnißmäßigen Ausbildung anderer Seiten des Obligationenrechts, z. B. der Lehre von der Tragung der Gefahr bei Realverträgen [16]).

Alle Einreden im weitesten Sinn konnten in dem Reinigungseid ihre Berücksichtigung finden, ist dieß ja ausdrücklich sogar für die exceptio solutionis anerkannt [17]), doch

---

sönlich getrennt, die Eideshelfer, welche in ihrer Instruirung nicht an bestimmte Formen gebunden sind, aber begreiflicher Weise sich eine möglichst genaue Kenntniß der zu beschwörenden Sache zu verschaffen suchen. Da auch sie nur über die Schuld resp. Nichtschuld zu schwören haben, so können vor ihnen ebenfalls die verschiedenen im Reinigungseid begriffenen Einreden von der Partei geltend gemacht werden und, wenn für stichhaltig befunden, ihren Eid bestimmen, welcher formelle Evidenz schafft.

16) S. darüber unten.

17) Goslarische Statuten (Göschen) S. 72 Z. 17: „oder he scal sunder bekanntnisse sich der scult untsculdighen up den hilleghen." — Rechtsbuch nach Distinctionen (Ortloff) III, 13, 1: „Spricht he abir mit slechten worten neyn, daz sted czu sines selbes hand." — Interessant ist die in der bei Lappenberg, die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs. S. 277 ff. abgedruckten Langenbeckschen Glosse zum Stadtrecht vom Jahr 1497 L. Art. 1 vorgenommene Vergleichung des in diesem Artikel aufgestellten Beweisrechts des Gläubigers mit dem alten Reinigungseid. Besonders wichtig ist aber die Erzählung der erweiterten Glosse (aus dem Anfang des sechzehnten Jahrhunderts, B bei

mochte der Beklagte es mitunter vorziehen, die Klage zuzugestehen und die Einreden besonders vorzuschützen. Das Recht konnte sich in seiner Entwickelung der Berücksichtigung derselben nicht entschlagen, und so kam es denn allmälig zu einer, wenn auch beschränkten und unvollkommenen Formulirung einzelner Einreden. In ähnlicher Weise, wie dieselben, aber in concreto von dem Prätor in der Formel gegeben wurden, gestattete das Gericht dieselben auch durch ein „Urtheil," welches sich als Zulassung des Beklagten zum Beweis der Einrede darstellte. Daß die Einreden aber aus dem Reinigungseid hervorgegangen sind, ergiebt sich daraus, daß dieselben durch den Eid des Beklagten bewiesen werden, welcher hier nur als theilweiser Reinigungseid erscheint. Außer den von Planck[18]) angeführten, meist aus dem Sachsenspiegel entnommenen Belegen der verschiedenen Fassungen des Reinigungseids ist hier noch besonders Bezug zu nehmen auf das Rechtsbuch nach Distinctionen[19]) und die Goslarischen Statuten[20]), welche den Satz allgemein aussprechen, daß der Beklagte die Klage im Allgemeinen zugestehen, aber (aus dem Geschäft selbst hervorgehende) Einreden[21]) gegen dieselben vor-

---

Lappenberg, vergl. S. CXXIX) S. 279, daß man „in unlangen Jahren" entgegen den Bestimmungen des Stadtrechts den Beklagten obgleich er den Klaggrund zugestanden, doch zur Beschwörung seiner Nichtschuld zugelassen habe. Diese den ausdrücklichen Bestimmungen und dem Geist des Stadtrechts zuwiderlaufende und darum von dem Glossator mit Recht als „mißbräuchliche und böse" bezeichnete Gewohnheit zeugt, wie sehr man an dem Reinigungseid hing.

18) Zeitschrift für deutsches Recht B. X. S. 221 N. 20—24.

19) (Ortloff) III, 13, 2.

20) (Göschen) S. 72 Z. 19. Die „Overtügung," welche dabei erwähnt wird, gehört dem späteren Recht an.

21) Als Beispiel der Einreden wird namenlich die der zu frühen Forderung erwähnt (siehe noch Goslar. Stat. S. 70 Z. 13). Diese Einrede wird besonders hervorgehoben, weil dabei die Singularität

bringen und mit seinem Eide beweisen könne. Einreden, welche sich auf eine spätere Thatsache gründen, wie die Einrede der Zahlung, können nach allen Rechtsbüchern nicht mit dem einfachen Eid bewiesen werden.

Die Realverträge bilden im germanischen Recht eine besondere Classe nicht. Der Kläger kann seine Klage lediglich auf das Geloben der Rückgabe stützen und dann kömmt der Reinigungseid in Anwendung, welcher aber auch alle Exceptionen umfassen kann. Nur kann dann, wenn der Beklagte die geliehene, gesetzte, zu behalten gethane Sache in Händen hat, durch die „leibliche Beweisung" derselben eine Modification eintreten. Ist die Existenz der Sache bei dem Beklagten evident, so tritt nun ein Eigenthumsproceß ein. Ist aber die Sache nicht mehr bei dem Beklagten oder will der Kläger die „Beweisung" nicht versuchen, so stellt er seine Klage auf das Verpflichtetsein des Beklagten zur Rückgabe, und dieser kann nun bekennen und zurückleisten oder er greift zum Reinigungseid, indem er seine Nichtschuld entweder auf die nicht erfolgte Uebergabe stützt oder auf den Umstand, welcher ihn von seiner Verpflichtung befreit hat: Rückgabe, zufälligen Untergang der Sache u. s. w. Früher aber als in anderen Fällen scheint in diesen der auf Exceptionen gestützte allgemeine Reinigungseid unbeliebt geworden zu sein und es erklärt sich dieß daraus, daß der Beklagte durch Ableistung desselben sich leicht dem Verdacht aussetzte, die Thatsache, aus welcher seine Obligation entsprang, das Erhaltenhaben der klägerischen Sache, welche vielleicht vielen Personen bekannt war, in Abrede stellen zu wollen. Man erkannte deßwegen hier auch seine ne-

ist, daß der Eid des Beklagten nur eine Creditirung auf ein Jahr beweisen kann; nicht aber sind die Worte: „ich bekenne des mit dissem underschede," (S. 72 Z. 30) wie Göschen, S. 496 N. 4 dieß thut, auf diese „besonders bevorzugte" Einrede allein zu beziehen.

ben dem Eingeständniß der ursprünglichen Obligation vorgebrachten Einreden an und ließ die Beschränkung des Reinigungseids auf diese zu. In Folge davon wurden die Grundsätze über die Tragung der Gefahr commodirter, deponirter, verpfändeter Sachen weiter ausgebildet und es gehört diese Lehre zu den ausgebildetsten Partien des germanischen Obligationenrechts [22]).

Ebensowenig führt die Zweiseitigkeit des Vertrags zu einer besonderen rechtlichen Behandlung. Jede Forderung erscheint als aus einem besonderen Gelöbniß entsprungen und es muß dieselbe mit dem Reinigungseid „entredet" werden können. Der Kauf wird deßwegen auch als ein Geloben der Sache gegen Empfang von Geld dargestellt und erscheint so in voller Einseitigkeit. —

Vergleicht man nun hiernach die Entwickelung des deutschen und des römischen Vertragsrechts, so findet sich in Betreff des äußeren Formalismus des Vertrags in dem letzteren eine unbedingte und unzweifelhafte Rechtsvorschrift, in dem ersteren Recht ist der äußere Formalismus zweifellos nur für manche Fälle von dem Recht vorgeschrieben, für alle aber in der Sitte begründet und jedenfalls sehr häufig angewandt. Der innere Formalismus ist in beiden Rechten ursprünglich gleichmäßig vorhanden, in beiden ringt die sittliche Anschauung nach Anerkennung, in beiden findet sie zuerst bei gewissen Verträgen eine Anerkennung als sittliche Ueberzeugung, in beiden werden Sätze derselben allmälig rechtlich formulirt. Verschieden ist in beiden die Art und Weise, durch welche man die sittliche Ueberzeugung als solche zur Aner-

22) Im ältesten Recht ist ein, wenn auch indirecter Einfluß des römischen Rechts hierauf offenbar. Die aus dem ältesten Recht fast allein hierher gehörigen bekannten Stellen der lex Baiuwariorum stammen aus der westgothischen Antiqua.

kennung brachte, gleichmäßig aber wieder die Anerkennung des Inhalts der sittlichen Ueberzeugung durch Schaffung neuer Rechtssätze. Das eine Recht hat diese Rechtschaffung und Ausbildung in sich vollenden können, das andere Recht wurde in dieser Arbeit unterbrochen, oder sagen wir lieber, diese Arbeit wurde ihm abgenommen, es fand, was es brauchte, vor und bemächtigte sich des vorgefundenen Rechtsstoffs. Dadurch aber gewinnt die Reception des römischen Rechts im Vertragsrecht noch ein besonderes Interesse, daß sie gerade in die Zeit einer Entwickelung fiel, als deren fernes Ziel ein Rechtsganzes, wie das nunmehr im römischen Vertragsrecht vorliegende erschien und ferner, daß ein glücklicher Instinct dahin führte, daß man nur das, was auch das Ziel der einheimischen Entwickelung bildete, nur das absolut Gerechtfertigte, aufnahm, die zufälligen Producte der römischen Rechtsbildung aber und unter diesen namentlich die Ueberreste des alten Rechts ignorirte. Eine Wirkung hiervon war, daß jeder äußere, namentlich aber auch jeder innere Formalismus der Verträge wegfiel, daß also einerseits jeder, auch der formlos abgeschlossene Vertrag klagbar war, sobald sich aus ihm ein vernünftiger obligatorischer Wille erkennen ließ, daß aber auch andererseits bei der Realisirung der Verträge alle die oben hervorgehobenen Momente in Betracht gezogen wurden. Dadurch war eine unbegränzte Fortbildung des Obligationenrechts möglich und konnte in freierer Weise Statt finden, als dieß in Rom selbst möglich gewesen wäre. Diese Möglichkeit wurde nun auch wirklich zur Thatsache und wir befinden uns gerade jetzt in der regsten Zeit dieser Entwickelung.

Der Verf. läßt sich auf eine Untersuchung des Entwickelungsgangs des römischen und germanischen Obligationenrechts

nicht ein. Er beschränkt sich darauf aus den von ihm aufgestellten allgemeinen Principien eine verschiedene Entstehung und einen verschiedenen Rechtsgrund der Obligation im römischen und germanischen Recht zu deduciren und aus dieser Verschiedenheit noch eine Reihe anderer Verschiedenheiten abzuleiten. „Das germanische Vertragsrecht, sagt er, ist ganz einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müssen. Was ein Mensch versprochen hat, das muß er — wenn anders der Inhalt seines Versprechens nicht ein unsittlicher war — erfüllen und aus dieser sittlichen Verpflichtung des Promittenten entspringt die sittliche Berechtigung des Promissars, Erfüllung des Versprechens zu fordern, sowie die Pflicht des Staats, den Promittenten zur Erfüllung seines Versprechens zu zwingen. Der Rechtsgrund der Obligation ist also das Versprechen — und wenn auch in der Regel, um ein festes Rechtsverhältniß unter deu Paciscenten zu erzeugen, eine Acceptation des Versprechens von Seiten des Promissars erforderlich ist, so bleibt das Versprechen des Schuldners doch immer die Basis des ganzen Verhältnisses, und zwar so sehr, daß jene Acceptation nicht schlechthin und unter allen Verhältnissen nothwendig ist.“ Daraus wird abgeleitet, daß aus jedem Vertrag eine Klage auf Erfüllung entspringt. — Die Römer dagegen erkennen, nach dem Verf., zwar auch eine sittliche Verpflichtung das Versprechen zu halten an, die Erfüllung dieser Pflicht als einer sittlichen bleibt aber der römischen Grundanschauung gemäß lediglich dem Gewissen des Einzelnen überlassen und darf vom Staat nicht erzwungen werden, daher ist die Pollicitation juristisch irrelevant, und da das Versprechen durch das Hinzukommen der Acceptation seine ursprüngliche Natur nicht ändert, so hielt das römische Recht bis in die späteste Zeit den Grundsatz fest, „daß aus einem bloßen Vertrage nur eine sittliche

Verpflichtung — obligatio naturalis — aber keine Klage auf Erfüllung entspringe." Die Römer hätten also auf diesem Wege nicht zur Construction einer klagbaren Obligation gelangen können, sie hätten vielmehr „zu diesem Behufe von dem in der natürlichen Freiheit des Menschen begründeten Recht, Andere seinem Willen dienstbar zu machen, ausgehen müssen." Wie Jeder im Zustand der natürlichen Freiheit das Recht habe, Andere zu unterjochen, so könne er ihnen auch bestimmte Verpflichtungen auferlegen. Dieses „Rechtsverhältniß gehe also aus dem Willen des Forderungsberechtigten hervor, der Wille und die Stärke des Fordernden bildeten den Obligationsgrund." Dieses in der natürlichen Freiheit begründete Recht erleide zwar im Staat die wesentliche Beschränkung, daß niemand dem Anderen mit Gewalt und wider seinen Willen dergleichen Verpflichtungen auflegen dürfe, lasse der zu Obligirende sich aber die Auflegung solcher Verpflichtungen gefallen, dulde er sie ohne Widerspruch, so müsse der Staat das dadurch begründete Recht anerkennen und schützen. Hiernach ist „zur Begründung einer obligatio civilis erforderlich: der Wille des Creditors, einen Anderen zu obligiren und eine diesen Willen bekundende Handlung, und sodann ein Geschehenlassen, Dulden dieser Handlung von Seiten des zu Obligirenden." Dadurch, daß der Letztere seine Zustimmung ausdrücklich zu erkennen gebe, werde die Rechtswirkung der obligirenden Handlung natürlich nicht gestört, ja ausdrückliche Zustimmung könne selbst zur Constatirung des pati erforderlich werden, wie bei der Stipulation, zum Begriff und Wesen des Contracts aber gehöre sie principiell betrachtet nicht, vielmehr genüge hierzu die durch das Dulden des obligirenden Acts bekundete Unterwerfung des Schuldners unter den Willen des Creditors,

Diese Argumentation ist nichts als eine Anwendung der im §. 9 von dem Verf. allgemein aufgestellten Principien über die Entstehung des Rechts auf das Obligationenrecht. Die Unbegründetheit dieser Principien ist oben (§. 9) im Allgemeinen und mit besonderer Bezugnahme auf den Eigenthumserwerb (s. darüber auch noch §. 23) nachgewiesen worden. Ebenso unbegründet sind dieselben aber auch für das Obligationenrecht.

Um eine vertragsmäßige Obligation hervorzubringen, ist einer inneren Nothwendigkeit nach eine Willenseinigung, d. h. Coexistenz und correspective Erklärung des Willens zweier Personen über eine von der einen Person der anderen zu machende Leistung erforderlich.

Die Existenz und Erklärung des Willens der einen Person ist ohne die der anderen völlig wirkungslos; eben so wenig wie die Erklärung, daß man eine Leistung entgegennehmen wolle, einen Anspruch irgend welcher Art begründet, kann die Erklärung, daß man leisten wolle, an sich eine Verpflichtung, selbst nicht eine nur sittliche[23]) erzeugen. Es ist daher auch völlig gleichgültig, von welcher Seite der Wille zuerst erklärt und in wessen Erklärung die Natur und der Umfang der Leistung ausgesprochen ist, denn nur dann, wenn auch von der andern Seite der auf dieselbe Leistung gerichtete Wille vorhanden und erklärt ist, wird mit und durch ihn der zuerst erklärte wirksam. Diese in der Natur der Sache begründeten

23) Die unmotivirte Zurücknahme einer nicht acceptirten Erklärung, einem Anderen etwas leisten zu wollen, kann wie jede unmotivirte Willensänderung als Inconsequenz, als tadelnswerth erscheinen. Gerade darin aber, daß der sittliche Tadel nur die unmotivirte Willensänderung trifft, die motivirte hingegen als sittlich gerechtfertigt und sogar geboten erscheint, liegt der Beweis, daß durch das einfache Versprechen nicht eine Verpflichtung zu Gunsten einer bestimmten Person, welcher ein Recht derselben entspricht, entstanden ist.

Sätze sind von jedem positiven Recht anerkannt und einzelne aus besonderen Rücksichten eingeführte Ausnahmen tragen einen streng positiven Charakter. Dieß gilt daher auch von dem römischen, wie von dem germanischen Recht, und so sehr sich der Verf. dagegen sträubt, diese positive Anerkennung zuzugestehen, ist er doch nicht im Stand, das Gegentheil zu behaupten. Denn wenn er sagt, nach germanischem Recht sei eine Acceptation des Versprechens „in der Regel erforderlich, um ein festes Rechtsverhältniß unter den Paciscenten zu erzeugen," so heißt dieß doch wol deutlich genug: Acceptation ist erforderlich, um eine Obligation zu begründen, und wenn er im römischen Recht das Dulden der Auflage des Gläubigers durch den Schuldner für nothwendig erklärt, um der Auflage und mithin der Obligation staatliche Anerkennung zu verschaffen, so liegt darin wieder die Anerkennung der Nothwendigkeit der Coexistenz des Willens der Contrahenten. Wenn der Verf. dieß nun aber auch zugestehen muß, so sucht er sein Princip wenigstens dadurch zu halten, daß er behauptet, das germanische Recht betrachte die in der Acceptation liegende Willenserklärung für Nebensache, und das römische schreibe der in einem Dulden der Auflage liegenden Erklärung des Schuldners nur eine untergeordnete Bedeutung zu, das Hauptgewicht werde dort auf das Versprechen, hier auf die Auflage gelegt und in diesen Willenserklärungen sei in den verschiedenen Rechten der eigentliche Rechtsgrund der Obligation, „die Basis des ganzen Verhältnisses" zu suchen. Aber auch dieß Zugeständniß kann dem Verf. nicht gemacht werden. Das von der Pollicitation hergenommene Argument kann gegen ihn gerichtet werden, denn gerade das römische Recht erkennt in einzelnen Fällen die Pollicitation an, während diese Anerkennung dem deutschen Recht fremd ist. Als Beleg seiner Behauptung, daß im deutschen Recht die Acceptation

nicht schlechthin und unter allen Verhältnissen nothwendig sei, sagt er [24]): „So z. B. bei Erbverträgen die Acceptation von Seiten der Dritten, welche ein Erbrecht aus dem Vertrage erwerben sollen" — allein dieser Beleg steht mit dem Beweisthema in keinem Zusammenhange, denn in den dem Verf. vorschwebenden Fällen handelt es sich nicht um eine Pollicitation, sondern um eine Acceptation durch Stellvertreter. — Auch die Bezugnahme auf die „Volksansicht, welche das Gewicht ausschließlich auf das Versprechen lege, so daß z. B. Laien sich gewöhnlich nur darauf berufen, der Schuldner habe es versprochen", ohne die Acceptation zu erwähnen, ist verfehlt, da dieser Sprachgebrauch darauf beruht, daß es überflüssig sei, etwas Selbstverständliches, wie die Annahme eines Versprechens zu erwähnen. Es würde aber auch für den Verf. hierdurch gar nichts bewiesen, da die Römer denselben Sprachgebrauch haben, und nicht nur von Laien, sondern selbst von Juristen vielfältig sogar das Stipulationsversprechen lediglich mit dem Wort promittere bezeichnet wird. —

Vornehmlich sucht der Verf. aber seine Behauptung durch die Beschaffenheit der verschiedenen Arten von Verträgen, aus welchen nach römischem Recht eine obligatio civilis entspringt, zu stützen, indem er nachzuweisen versucht, daß mit Ausnahme der exceptionell und als singuläre Rechtsgeschäfte behandelten Consensualverträge in allen klagbaren Verträgen die Obligation von dem Gläubiger auferlegt werde.

Betrachten wir zuerst die Verbalobligation, so wäre doch hier die beste Gelegenheit gewesen, die innere Natur der Obligation und den Rechtsgrund derselben deutlich hervortreten zu lassen. Gleichsam wie von selbst hätte sich die Formel ergeben:

24) Schmidt S. 252 N. 1.

Ajo te mihi debere centum oder te mihi centum dare oportere, und der Schuldner hätte darauf erwiedert: debeo oder dabo. Statt dieser auflegenden Worte aber finden wir als die solenne Obligationsformel deren directes Gegentheil, eine Frage des Gläubigers, ob der Schuldner versprechen wolle, und statt einer Erklärung des Schuldners, die Auflage des Gläubigers dulden zu wollen, eine Antwort, welche klar und bestimmt das „Versprechen" enthält, aus welcher das Bewußtsein und die Absicht, eine Obligation zu constituiren, hervorgeht. Unter allen Formen, welche man hätte wählen können, ist gewiß Frage und Antwort diejenige, welche am wenigsten das Uebergewicht der Erklärung des Gläubigers erkennen läßt. Der Verf. will dieses Uebergewicht freilich darin erkennen, daß nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger Umfang und Inhalt der Obligation bestimme, daß der Schuldner seine Erklärung genau den Worten des Gläubigers gemäß abgeben müsse. Aber wie kann dieß, wenn man die Frag- und Antwortsform für den Abschluß des Vertrags einmal beliebt, denn anders sein, muß nicht, da nach allen logischen Gesetzen die Frage der Antwort vorhergehen muß, in der Frage der ganze Inhalt des Vertrags enthalten sein, um diesen mit der einfachen Antwort zur Perfection zu bringen, würde nicht dadurch, daß der Schuldner seiner Antwort einen nicht in der Frage enthaltenen Inhalt gibt, der Consens des Gläubigers fehlen, die Willenseinigung also nicht vorhanden sein?

Bei den Realverträgen kann allerdings von einer Auflage der Obligation gesprochen werden. Der Leistende legt dem Empfänger eine Obligation auf und dieser unterwirft sich durch den Empfang der Auflage derselben. Es würde ganz irrig sein, wollte man annehmen, der Darleiher, Commodant, Deponent leiste abstract und lasse sich dafür die Rückgabe oder Rückleistung versprechen, er qualificirt vielmehr sein Geben

oder Leisten als mutuum, commodatum u. s. w. und begründet dadurch mit Nothwendigkeit die Obligation auf ein Zurückgeben oder Leisten. Mit anderen Worten, er leistet nicht abstract, damit der Empfänger zurückgebe und leiste, resp. damit er die Rückgabe und Rückleistung verspreche, sondern er gibt und leistet in der Art, daß zurückgegeben und geleistet werden muß. Der Empfänger ist daher auch nicht durch sein Versprechen, welches völlig überflüssig ist, verpflichtet, sondern dadurch, daß er das Gegebene und Geleistete so, wie es gegeben und geleistet wurde, angenommen hat. Man kann also ganz richtig mit dem Verf. von dem Auflegen der Obligation durch den Gläubiger und von dem Dulden der Auflage durch den Schuldner sprechen. Aber hierin liegt keine Besonderheit des römischen Rechts, sondern es geht dieß aus der Natur der Obligation auf Rückgeben und Rückleisten hervor, deren Entstehung deßwegen im heutigen Recht ebenso aufzufassen ist [25]) und im altgermanischen Recht ebenso construirt werden muß.

Neben der Obligation auf Rückgabe entstehen aber durch die Realverträge noch andere Obligationen, welche nicht aus einer Auflage entspringen, sondern aus dem Willen des Verpflichteten. Der Darleiher, Commodant, Pfandschuldner ist verpflichtet, die Geldsumme oder die Sache dem Empfänger so lange zu lassen, als die festgesetzte Zeit läuft, oder der bestimmte Gebrauch währt, oder die Principalobligation nicht getilgt ist. Es ist evident, daß diese Obligationen nicht vom Berechtigten aufgelegt sein können. Die Verpflichtung entspringt aus der eigenen qualificirten Leistung, wird also von dem Obli-

25) Der Umstand, daß heut zu Tage das pactum de mutuando, commodando u. s. w. klagbar ist, verändert dieß Verhältniß ebenso wenig, als dasselbe durch eine vorgängige Stipulation auf Darleihen, Commodiren u. s. w. verändert wurde.

girten durch seine eigene Willenserklärung begründet resp. übernommen. Diese Obligationen werden allerdings regelmäßig nicht durch Klagen geltend gemacht, sondern durch Exceptionen; dieß beruht aber nicht etwa auf dem Grund ihrer Entstehung, sondern auf der Natur des Verhältnisses. Der Darlehnsschuldner hat die Bereicherung, der Commodatar die Sache, die Obligation hat also immer nur ein Behalten zum Gegenstand und dieses wird regelmäßig nur dann Gegenstand einer rechtlichen Erörterung, wenn der Darleiher ꝛc. Rückleistung fordert, und wird folglich regelmäßig nur durch Exception realisirt werden können. Wenn der Commodant die Sache eigenmächtig intempestive zurücknimmt, kann aber auch die Obligation mit einer Klage, der commodati contraria, realisirt werden[26]), welche sonst nur zur Realisirung von Obligationen, die durch einen neuen Obligationsgrund hervorgebracht sind, gegeben ist.

Auch bei den tauschartigen Innominatverträgen nimmt der Verf. die Entstehung der Obligation aus der Auflage des Gläubigers an, und wenn man die Realisirbarkeit dieser Verträge durch die praescriptis verbis actio allein betrachtet, so scheint diese Ansicht begründet. Aus dem älteren Recht geht aber gerade das Gegentheil hervor, und es zeigt sich, daß das römische Recht die von dem Verf. behauptete Möglichkeit der Unterwerfung eines fremden Willens durch einen von dem Unterwerfenden ausgehenden Act nicht anerkennt. Der Wille hat nur so weit rechtliche Wirksamkeit, als die rechtliche Macht des Wollenden reicht, d. h. so weit sie sein Vermögen betrifft. Wer einem Anderen eine Sache gibt, um dafür eine andere Leistung zu erhalten, obligirt denselben dadurch nicht; die Absicht, aus welcher das Geben hervorgeht, wird nur in so fern anerkannt, daß das

---

26) L. 17 §. 3 commodati.

Geben selbst als durch dieselbe qualificirt erscheint und zwar in der Art, daß, wenn die Absicht nicht erreicht wird, das Geben als ohne Grund vorgenommen erscheint und dadurch eine Obligation auf Zurückgeben entsteht [27]). — Aber auch durch die Einführung der praescriptis verbis actio trat eine Veränderung dieser Auffassung nicht ein. Hätte das Recht sich dahin umgebildet, daß man dem geleistet Habenden statt der condictio eine Erfüllungsklage gegeben und mithin seine Rückforderung ausgeschlossen hätte, so wäre allerdings die Obligation als auf einer Auflage durch den Geleistethabenden beruhend anzusehen. Diesen Weg schlug aber das römische Recht nicht ein. Das innere Rechtsgefühl trieb dazu, eine directe Realisirung der Gegenleistung zu gewähren, da es in hohem Grad unbillig erschien, dem im Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen Contrahenten geleistet Habenden nur eine Rückforderung zu gewähren, durch welche sein Interesse nicht immer vollständig gewahrt war. Man ließ daher die praescriptis verbis actio zwar allmälig zu, ohne dadurch aber das Recht wesentlich zu verändern, vielmehr schloß man sich dem bestehenden Rechtszustand ganz an und ließ neben der neuen Klage die condictio fortbestehen. Man erkannte

---

27) Daß in dem Empfang der qualificirten Leistung nicht ein Constituiren einer bedingten Obligation auf Rückleistung liegt, ergibt sich aus der Condiction eines nicht in der Absicht, eine Gegenleistung zu erhalten, Gegebenen, z. B. der condictio indebiti. Der Empfänger einer Zahlung mag ausdrücklich die Existenz der zu tilgenden Obligation anerkannt, oder seine Zweifel darüber geäußert und, im Fall sich das Gegentheil herausstellen würde, die Rückgabe versprochen haben, oder er mag die ursprüngliche Obligation in Abrede gestellt und erklärt haben, das mit der Bezeichnung als Zahlung Gegebene als Schenkung anzunehmen — hat der Hingebende animo solvendi gegeben und der Empfänger überhaupt angenommen, so ist (unter Voraussetzung der übrigen Erfordernisse) die Obligation auf Rückgabe begründet.

dadurch also an, daß man nach wie vor die causa jeder Leistung in der Existenz der **Gegenleistung selbst** sah und nicht in der **Verpflichtung** zu dieser Gegenleistung. Diese Verpflichtung kann also auch nicht als aus der Leistung allein hervorgegangen, als aufgelegt, erscheinen. Das Verhältniß construirt sich vielmehr so: durch die Einführung der praescriptis verbis actio wurde die der Leistung vorhergehende oder dieselbe begleitende Verabredung als Vertrag anerkannt, welcher aber, da die Leistungen selbst als aneinander causirend erscheinen, nur dann eine directe Realisirung durch Klage zuließ, wenn von einer Seite geleistet war und zwar nur von Seiten des Leistenden, während dessen Leistung als solutio der vertragsmäßigen Obligation und mithin als unwiderruflich nur dann erschien, wenn dieselbe durch die Erfüllung der Gegenleistung causirt wurde. Mit andern Worten: der verabredete Innominatvertrag brachte zwei Obligationen hervor, deren jede hinsichtlich ihrer Existenz durch die Erfüllung der gegenüberstehenden bedingt erschien. Der Rechtsgrund der Obligation war also wie bei den Consensualverträgen die Verabredung der Parteien.

§. 30.

Begriff und Wesen der Obligation.

Der Verf. gesteht zwar zu, daß die von ihm behaupteten verschiedenen Auffassungen der Obligation in beiden Rechten „im Allgemeinen zu demselben Resultate führen", hält den Gegensatz jedoch „keineswegs für bedeutungslos".

1) Zunächst soll derselbe „zu einer principiellen Verschiedenheit in der Behandlung **zweiseitiger Verträge** führen. Nach germanischer Auffassung müßten diese als Verträge behandelt werden, bei denen das durch sie begründete Rechtsverhältniß auf beiden Seiten Rechte und Verbindlichkeiten er-

zeugt; das durch sie begründete Rechtsverhältniß bleibe aber immer **Ein** Rechtsverhältniß und daraus gehe die allgemeine Regel hervor, daß der Einzelne nur in soweit Erfüllung zu fordern sittlich berechtigt sei, als er seinerseits erfüllt habe. Vom römischen Standpunct aus ließen sich zweiseitige Verträge eigentlich gar nicht construiren, denn eine durch den Willen des Creditors aufgelegte Obligation sei ihrer Natur nach eine einseitige und das daraus hervorgehende Recht des Creditors wie jedes Recht nach römischem Begriff ein reines Recht. Wie daher die Römer auch nur für einseitige Obligationen Rechtsformen hätten und z. B. ein Tausch nur so in Stipulationsform gebracht werden könne, daß zwei Stipulationen vorgenommen würden, welche dann in gar keinem rechtlichen Zusammenhang mit einander ständen, so legten sie auch das z. B. durch Kauf und Miethe begründete Rechtsverhältniß in zwei selbstständige Forderungsrechte aus einander, welche streng genommen ebenfalls in keinem rechtlichen Zusammenhang mit einander ständen, und von denen jedes durch eine selbstständige Klage geschützt sei, und von dem Berechtigten sofort auf Grund des Vertragsabschlusses und ohne Rücksicht darauf, ob er seinerseits erfüllt habe oder nicht, geltend gemacht werden könne." — Wie, möchte man fragen, ist es möglich, dieser Auffassung entgegenstehende Rechtssätze so gänzlich zu ignoriren? Möglich gemacht ist es durch die dem Verf. eigenthümliche Art, seinem System nicht entsprechende Sätze auf die Seite zu schieben, sie für durch die Rechtsprincipien nicht gerechtfertigte Concessionen an die Sitte oder in ähnlicher Weise zu erklären. Lernen wir hier eine neue Anwendung dieses Verfahrens kennen. Der Verf. fährt nämlich so fort: „In der Anwendung wird dieses Princip freilich dadurch gemildert, daß dem Beklagten, wenn der Kläger seinerseits nicht erfüllen will, eine exceptio gegeben ist."

Es ist hier nicht der Ort, auf das Wesen der s. g. exceptio non adimpleti contractus einzugehen, da die verschiedenen Auffassungen keineswegs auf einen Gegensatz des deutschen und des römischen Rechts zurückgeführt werden können. Wie man aber auch diese Exceptio auffaßt, so viel ist gewiß, daß dieselbe nicht einem äußeren Utilitätsgrund ihre Einführung verdankt, sondern aus der innern Natur des zweiseitigen Vertrags hergeleitet wird. Wenn eine Forderung aus einem zweiseitigen Vertrag, ehe die Gegenleistung beschafft worden ist, als dolose Handlungsweise bezeichnet wird, ist damit nicht der rechtliche Zusammenhang beider Verpflichtungen, ihr sich gegenseitig Bedingen so prägnant als möglich ausgedrückt? Der Verf. versucht es auch nicht einmal, irgend einen innern Grund für die „Milderung des Princips in der Anwendung" anzudeuten, und wenn derselbe (S. 262 Note 2.) behauptet: „die Thatsache, daß dieß von den Römern als eine wirkliche exceptio aufgefaßt wird, also der Strenge nach nicht schon im Wesen des Vertrags liegt, beweist die Richtigkeit der obigen principiellen Auffassung" — so genügt es zur Würdigung dieser „Thatsache" und der aus ihr abgeleiteten Folgerungen darauf zu verweisen, daß die doli exceptio bonae fidei judiciis inest. — Trotz der Milderung des Princips in der Anwendung sollen noch manche practische Folgerungen übrig bleiben, so z. B. der Satz, daß der Käufer die Gefahr zu tragen habe, „während es uns natürlicher zu sein scheine, zu sagen, daß der Verkäufer, welcher seinerseits nicht leisten könne, auch die Gegenleistung zu fordern nicht berechtigt sei." „Ebenso der Satz, daß bei der Dienstmiethe der locator die merces zu fordern berechtigt sei, si per eum non steterit, daß er seinerseits nicht leistet, während vom Standpunct des germanischen Rechts aus, wenn der Miether veränderter Umstände halber von den Diensten keinen Gebrauch machen könne

oder wolle, nur die Forderung billiger Entschädigung begründet sein würde." Daß die erwähnten Sätze (auf andere beruft sich der Verf. nicht) mit dem behaupteten Princip nicht zusammenhängen, bedarf einer weiteren Ausführung nicht, nur die Frage möchte man an den Verf. stellen, wie er, wenn er diese Sätze aus der Unfähigkeit der Römer, einen zweiseitigen Vertrag zu construiren, ableitet, dann die übrigen dieselben Institute normirenden Rechtssätze erklärt, namentlich den Ausschluß der Klage auf die merces bei casuellem Untergang der vermietheten Sache gegenüber der Tragung der Gefahr beim Kauf und der Tragung desjenigen casus durch den Miether, welcher, ohne das Object der Leistung zu betreffen, die Leistung hindert. Wie will er ferner den engen Anschluß des Miethpreises an die Leistung des Gebrauchs, die Minderung jenes mit der Minderung des Umfangs dieser und die vielfältigen sonstigen aus dem Princip der Correspectivität der Leistungen aus zweiseitigen Verträgen hervorgehenden Sätze rechtfertigen, oder soll auch hierin nur eine Milderung des strengen Princips in der Anwendung gefunden werden? Zu bemerken ist noch, daß der Verf. dem ersten der beiden angeführten römischen Sätze keineswegs einen abweichenden deutschen Rechtssatz entgegenstellt, sondern eine subjective Anschauung, welche den Kauf den Realinnominatverträgen nahe bringt. Als Belege für den zweiten dem germanischen Recht zugeschriebenen Satz werden die Bestimmungen „der neuern Seerechte über den Frachtcontract und die Gesinderechte" angeführt.

2) Die als weitere „practisch wichtige Folge der Verschiedenheit des Begriffs der Obligation" angeführte „Verschiedenheit in der Behandlung der Stellvertretung bei Verträgen" kann nach dem im Anfange des vorhergehenden Paragraphen über die Möglichkeit der Vergleichung beider Obligationenrechte Angegebene hier gänzlich übergangen werden. Das alte germa-

nische Recht kennt eine Stellvertretung bei der Entstehung von Obligationen nicht. Nur selten wird das Handeln für einen Andern erwähnt, aber meines Wissens nie so, daß durch einen Stellvertreter eine Verpflichtung oder eine Forderung unmittelbar geschaffen würde [1]). Ist ja doch auch die Vertretung vor Gericht in hohem Grade beschränkt.

3) Der urgirte Gegensatz soll endlich zur Verschiedenheit in Betreff der Rechtshülfe führen, welche der Staat dem Gläubiger gewährt. Aus der sittlichen Verbindlichkeit des Schuldners und der vom deutschen Recht anerkannten Berechtigung des Staats den Schuldner zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu zwingen, folge, daß der vom Staat gegen den säumigen Schuldner anzuwendende Zwang direct auf die Erfüllung der Verbindlichkeit gerichtet werde. — „Vom römischen Standpunct könne man dagegen zu einer direct auf Erzwin-

1) In den Formelsammlungen finden sich verschiedene Vollmachtsformulare, die mandirte Handlung besteht aber in Bewirkung der Solennisirung einer Uebertragung. — In Meichelbeck's historia Frisingensis finden sich Urkunden über zwei Fälle, in welchen durch Mandatare ein Verkauf abgeschlossen wurde. Im einen Fall (II, 2. Nr. 246) aus dem Anfang des vierzehnten Jahrhunderts erklärt der Mandatar, daß er in Folge Mandats die Güter des Mandanten verkauft und den Kaufpreis erhalten habe. Darauf folgt eine Urkunde (ad Nr. 246), in welcher der Mandant ohne Erwähnung des Mandats bekennt, dieselben Güter demselben Käufer verkauft und den Kaufpreis empfangen zu haben. Im zweiten Fall aus den Jahren 1276 und 1277 erklären die Mandatare eines in Gefangenschaft Abwesenden, daß sie in Folge von dessen Specialmandat dessen Güter verkaufen und versprechen dafür sorgen zu wollen, daß sowol die Erben des Mandanten auf ihr Recht verzichten, als auch dieser selbst, sobald er aus der Gefangenschaft zurückgekehrt sein werde, diesen Vertrag ratificire und confirmire. Obgleich dieser Vertrag solennisirt und vollzogen war, so ratificirt der Mandant denselben doch erst, nachdem in Folge schiedsrichterlicher Entscheidung des Königs Rudolph der Käufer sich zu einem Zuschuß zum Kaufpreis verstanden hatte (II, 2. Nr. 126—130. 155. 156).

gung der stipulirten Leistung gerichteten Execution nicht gelangen. Im Zustand der natürlichen Freiheit mache derjenige, welcher einem Andern eine Verpflichtung auferlegt habe, gegen diesen, wenn er die Verpflichtung nicht erfülle, einfach von seiner größeren Stärke Gebrauch und verfahre vermöge seiner natürlichen Freiheit mit ihm, wie er Lust und Macht habe. Dieses Recht erleide durch die Gründung des Staats keine Veränderung, vielmehr bestehe die vom Staate dem Forderungsberechtigten gewährte Rechtshülfe gerade darin, daß der Staat denselben in seinem Unterwerfungsrecht schütze, und ihm gestatte, durch manus injectio die absolute Herrschaft über den nicht zahlenden Schuldner zu erwerben, und es sei nur eine natürliche Consequenz dieses Rechtsverhältnisses'', wenn die XII Tafeln das in partes secare verstatteten. ,,Eine weitere natürliche Consequenz dieser Auffassung der Rechtshülfe, sei es denn auch, daß, als später die Plebs die Aufhebung der Schuldknechtschaft durchgesetzt habe, nur eine Vollstreckung der Execution in das Vermögen des Schuldners übrig geblieben sei, und daher, um diese realisiren zu können, jeder Anspruch bei der Condemnation in eine Geldschuld verwandelt werden, die Condemnation also immer auf Geld habe lauten müssen.''

Gegen diese Darstellung dürfte gar mancherlei einzuwenden sein. Es ist oben nachgewiesen worden, wie es absolut unmöglich ist, wenn man den Zustand der s. g. natürlichen Freiheit als Ausgangspunct nimmt, zu irgend welcher rechtlichen Construction zu gelangen. Sehen wir aber einmal davon ab und accommodiren wir uns der Anschauung des Verfs., so stellt sich seine Schlußfolgerung auch formell als völlig falsch dar. Geht man von der Auferlegung einer Verpflichtung im Zustand der s. g. natürlichen Freiheit aus, so würde man zunächst zu dem Satz gelangen, daß, wenn der

Schuldner nicht erfüllt, der Gläubiger ihn zur Erfüllung zwingt, nicht aber, daß er mit ihm verfährt, wie er Lust hat und ihn z. B. tödtet. Wenn deßhalb das in der natürlichen Freiheit begründete Recht im Staat anerkannt wird, so kann es hier nur das Recht des Zwangs zur Erfüllung der bestimmten Obligation sein, und die Römer hätten daher gerade zum System der directen Execution gelangen müssen. Wollte man aber auch das unbedingte Verfügungsrecht des Gläubigers über die Person des Schuldners als eine Consequenz aus dem behaupteten Princip anerkennen, so würde doch der Satz, daß nach Aufhebung der Schuldknechtschaft nur eine Execution in das Vermögen übrig geblieben sei, nichts weniger als „eine natürliche Consequenz dieser Auffassung der Rechtshülfe" sein. Das Natürlichste wäre gewesen, daß man die in der Schuldknechtschaft ausgesprochene absolute Unterwerfung des Schuldners unter die Herrschaft des Gläubigers in eine relative verwandelt hätte, d. h. in einen Zwang zur Erfüllung der Leistung, also wieder zur directen Execution gelangt wäre. Gegen die Ableitung der Geldcondemnation aus dem Wesen der Obligation würde ferner doch auch der Umstand sprechen, daß auch bei der Vindication die Verurtheilung wenigstens im späteren Recht auf Geld erfolgte. In dem Zustand der natürlichen Freiheit ist es doch gewiß das Naturgemäßeste, daß der Eigenthümer die ihm vorenthaltene Sache wegnimmt, nicht, daß er sich aus dem Vermögen des Vorenthalters schadlos hält. Doch verlassen wir die Argumentation des Verfs. und betrachten die Executionsarten beider Rechte selbstständig, so ist ihre Uebereinstimmung für die ältesten Zeiten in die Augen springend und braucht nicht weiter verfolgt zu werden. Schuldknechtschaft hier und dort; Pfändung hier und dort; gleichmäßig in beiden Rechten Beschränkung der strengen Executionsarten auf gewisse Schulden, aber

auch eigenmächtige Vornahme derselben; Ausdehnung auf andere Schulden, aber Vornahme durch den Richter und Milderung hinsichtlich ihrer Wirkung. Daß im Einzelnen Abweichungen stattfinden, wer will es läugnen, aber eine principielle Verschiedenheit, wer kann diese zu behaupten wagen? Der Verf. scheint anzunehmen, daß das deutsche Rechte von jeher eine directe Execution gekannt habe. Dafür fehlt es uns an jedem Nachweis. Direct exequirt wurden Erkenntnisse über Immobilien und solche Mobilien, welche mit Anefang verfolgt wurden. Ebenso geht bei der Vindication nach dem ältesten römischen Recht das Urtheil auf die Sache selbst. Eine Verurtheilung auf ein facere resp. eine directe Execution eines solchen Urtheils ist aber dem alten germanischen Recht ebenso fremd, als dem römischen [2]).

§. 31.

Verschiedenheit des Inhalts der einzelnen Verträge.

Den Charakter der Universalität, welcher für das römische Obligationenrecht mit besonderem Nachdruck in Anspruch genommen werde, erkennt der Verf. in soweit an, als das römische und germanische Recht trotz der Grundverschiedenheit ihres Charakters bei einer bestimmten Klasse von Verträgen allerdings zu ziemlich gleichen Resultaten gelangten; „diese Gleichheit aber beschränke sich auch nur auf diese bestimmte Klasse und habe hier einen ganz natürlichen Grund". Der Verf. unterscheidet nämlich die Verträge „je nachdem sie auf die Realisirung eines bestimmten sittlichen Zwecks, oder auf die Befriedigung

2) Das englische Recht hat eine directe Execution nur bei Immobilien, nicht aber bei Mobilien, viel weniger noch bei einem facere. (Blackstone, Commentaries 18th edit. B. III ch. 26 p. 454.) Das französische Recht kennt eine directe Execution bei facere ebenfalls nicht.

eines gewöhnlichen Verkehrsbedürfnisses gerichtet sind, und je nachdem ferner dauernde Beziehungen unter den Contrahenten durch sie begründet werden oder nur eine einmalige Leistung den Gegenstand des Vertrags bildet." Bei den Verträgen, welche zur Befriedigung des Verkehrsbedürfnisses über einmaliges Leisten geschlossen werden, beschränkten sich die Vorschriften des Sittengesetzes auf die Forderung eines redlichen Verhaltens der Contrahenten bei Eingehung des Vertrags und gewissenhafter Erfüllung desselben, daher beschränkten sich auch die Vorschriften des germanischen Rechts hierauf. Auf der andern Seite sei aber auch die Verpflichtung der Contrahenten zu einer gewissen gegenseitigen bona fides bei Eingehung und Erfüllung von Verträgen eine unabweisbare Forderung des Verkehrsbedürfnisses. Würden alle Verträge nach strictum jus beurtheilt, so führe die Nothwendigkeit, bei Abschluß eines Vertrags mit der äußersten Vorsicht zu verfahren und sich wegen jedes Nebenpuncts und für jede Eventualität durch besondere Stipulationen zu sichern, zu einer unerträglichen Erschwerung des Verkehrs, deßwegen sei auch das römische Recht genöthigt worden, bei manchen Contracten von den Principien des strengen Rechts abzuweichen und fordere von den Contrahenten gegenseitige bona fides. „In Folge dieser durch die Nothwendigkeit des Verkehrsbedürfnisses abgezwungenen Abweichung von seinem Grundprincip erhalte dann freilich das römische Vertragsrecht eine Gestalt, welche die principielle Verschiedenheit zwischen ihm und dem germanischen Recht bei der oben bezeichneten Klasse von Verträgen fast verschwinden mache."

Die Sophistik des Verfs., welche wir in ähnlichen Argumentationen schon öfters kennen lernten, hat in der vorliegenden ihren Gipfelpunct erreicht. Die Darstellung unterscheidet sich von den früheren dadurch, daß gar nicht der Versuch gemacht ist, Belege für die aufgestellten Behauptungen

zu erbringen. Man sucht vergeblich nach irgend einem positiven Anhaltspunct für die Behauptung der Ursprünglichkeit der principiellen Berücksichtigung der bona fides im germanischen Recht oder einen Beleg für den Zwang, welcher den Römern diese Berücksichtigung abgedrungen habe. Eine derartige Trennung der Motive, welche zur Berücksichtigung der innern Natur der Obligation führen: principielles Ausgehen von den sittlichen Vorschriften auf der einen und von Utilitätsrücksichten auf der andern Seite ist überhaupt unthunlich, beide Momente stehen in einer nothwendigen Wechselwirkung und das Recht schaffende Volk und dessen Organe werden bei einer gesunden Rechtsbildung sogar nur in seltenen Fällen sich bewußt werden können, von welcher Art dieser Motive sie sich leiten lassen. Wie sich aber das römische und das germanische Recht in Bezug auf die allmälige Anerkennung der bona fides ganz in übereinstimmender Weise verhalten haben, ist oben in §. 29 (S. 450 ff. 466.) ausgeführt worden. —

Denjenigen Verträgen, welche nur auf Befriedigung eines gewöhnlichen Verkehrsbedürfnisses gerichtet sind und deren Gegenstand nur eine einmalige Leistung bildet, stellt der Verf. die auf Realisirung eines bestimmten sittlichen Zwecks gerichteten und dauernde Beziehungen unter den Contrahenten begründenden Verträge gegenüber. In der weiteren Ausführung werden die angeführten Merkmale der letztern Klasse von Verträgen nicht als neben einander stehend aufgefaßt, sondern das erstere, die Richtung auf einen bestimmten sittlichen Zweck, wird als Folge der durch den Vertrag hervorgebrachten dauernden Beziehungen unter den Contrahenten behandelt. Diese sittliche Consequenz soll nun das germanische Recht anerkennen, das römische nicht, und darin wird wieder ein Beleg für ihre principielle Verschiedenheit gefunden. Das römische Recht nämlich davon ausgehend, „daß die Menschen, wie sie auch

sittlich zu einander stehen mögen, doch rechtlich sich ursprünglich einander vollkommen fremd und pflichtlos gegenüberstehen, müsse zu der Consequenz gelangen, daß, wenn Menschen durch einen Vertrag in ein dauerndes Rechtsverhältniß zu einander treten, ihre rechtlichen Beziehungen zu einander sich eben auf die gegenseitige Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags beschränken, ein über den nächsten Inhalt des Vertrags hinausgehendes Verhältniß aber durch den Vertrag nicht begründet werde." Das germanische Princip dagegen, daß alle Menschen einander in allen rechten und sittlichen Dingen beistehen müssen und daß diese allgemeine Pflicht da, wo die Menschen durch ihre Lebensverhältnisse einander näher gestellt werden, zu einer besondern Pflicht werde, führe, wie zu einer besondern Treuverpflichtung der Blutsverwandten, Nachbarn, Gemeindegenossen u. s. w., so auch zu einer besondern gegenseitigen Verpflichtung derjenigen, welche durch Vertrag in dauernde Beziehungen zu einander treten. Dieß wird an der Dienstmiethe, dem Pacht- und Gesellschaftsvertrag näher ausgeführt.

Wenn man die Darstellungen des Verfs. in der Art beschränkend erklärt, das germanische Recht kenne gewisse Verträge, welche das „allgemeine von dem Sittengesetz begründete Fraternitätsverhältniß" specialisiren, in welchen die allgemeine Menschenpflicht, einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, eine concrete Gestalt gewinne, so ist diese Behauptung nicht allein völlig gerechtfertigt, sondern es ist damit auch das Wesen dieser Verträge in ganz entsprechender Weise bezeichnet. In den derartigen Verträgen resp. den durch dieselben geschaffenen Verhältnissen ist neben dem rechtlichen noch ein sittlicher Inhalt vorhanden, welcher entweder von dem Recht direct nicht realisirt, jedoch bei der Beurtheilung des rechtlichen Inhalts immer thatsächlich berücksichtigt wird

und in so fern auf denselben von indirectem Einfluß ist [1]), oder der sittliche Inhalt ist dadurch, daß er gewisse Rechtssätze hervorgetrieben hat, direct realisirbar [2]). Soweit dieß Letztere der Fall ist, bildet der sittliche Inhalt einen integrirenden Theil des Inhalts des durch den Vertrag geschaffenen Rechtsverhältnisses; soweit dieß nicht der Fall ist, hat er mit dem Verhältniß, soweit es Rechtsverhältniß ist, nichts zu thun, er gehört dem thatsächlichen Verhältniß an, und der Vertrag ist somit nicht rechtlich obligirender Vertrag.

Rechtsverhältnisse, in deren Inhalt aus dem Fraternitätsverhältniß originirende Verpflichtungen als Rechtspflichten aufgenommen sind, kennt nun aber auch, wie oben [3]) nachgewiesen ist, das römische Recht; es kennt auch speciell derartige Verhältnisse, welche durch Vertrag hervorgerufen sind. Ebenso kennt es auch vertragsmäßig geschaffene Verhältnisse, welche nur zum Theil rechtlich realisirbar sind.

Betrachten wir zuerst den Gesellschaftsvertrag, in welchem der Gegensatz des deutschen und römischen Rechts scharf und klar hervortreten soll. Der rechtliche Inhalt des Vertrags besteht nicht in der Verpflichtung zu gemeinsamem Handeln, sondern nur in dem, was man als Verpflichtung des Einbringens und des Ausantwortens bezeichnen kann. Diesen rechtlichen Inhalt spricht auch der Sachsenspiegel (I, 12) allein aus. Der sittliche Zweck, wegen dessen die Gesellschaft abgeschlossen ist, afficirt den rechtlichen Inhalt derselben nicht, auch das germanische Recht kennt kein Mittel,

---

1) Hierher gehört z. B. die Nichtanerkennung des animus injuriandi in manchen Verhältnissen.

2) Ausschluß der infamirenden Klage, Infamie in Folge von Handlungen gegen den sittlichen Inhalt des Verhältnisses, beneficium competentiae u. s. w.

3) S. 300. 335.

denselben ohne die etwaige Hülfe von Conventionalstrafen zu realisiren. Das enge zwischen den Gesellschaftern stattfindende sittliche Verhältniß, die „concret gemachte Fraternität", wird aber von dem römischen Recht anerkannt in der die Verurtheilung aus der actio pro socio begleitenden Infamie und dem beneficium competentiae [4]. Das germanische Recht kennt diese Sätze nicht. — Dem Verf. ist es nach seiner bekannten Verfahrensweise nicht schwer, eine Grundverschiedenheit der römischen und der germanischen Gesellschaft zu begründen — er stellt der reinen Societät, welche er als römische Gestaltung der Gesellschaft bezeichnet, die einerseits freiere, andererseits festere [5]) Bildung der Genossenschaften entgegen. Hierüber ist im §. 27 das Nöthige bemerkt worden. Die größere Mächtigkeit des Hervortretens des Associationsgeistes bei den Germanen ist von großem culturhistorischen Interesse, der rechtlichen Betrachtung ist dieses Moment gleichgültig.

Einen anderen Beleg nimmt der Verf. aus der Dienst-

---

4) S. o. S. 301 N. 8. — Der Verf. spricht sich hierüber folgendermaßen aus (S. 275 N. 2): „Freilich heißt es von der societas omnium bonorum, daß sie eine gewisse Fraternität erzeuge; auch hat die Verurtheilung aus der actio pro socio Infamie zur Folge. Allein rechtlich stehen auch die Brüder nach römischem Princip sich fremd und pflichtlos gegenüber, so daß jener Satz keine erheblichen practischen Folgen erzeugt, und die an die Verurtheilung aus der actio pro socio geknüpfte Infamie beweist gerade, daß das aus der societas entspringende Verhältniß als ein rein sittliches aufgefaßt und behandelt werden soll."

5) Um die größere Festigkeit der deutschrechtlichen Gesellschaft zu begründen, sagt der Verf., bei ihr sei die „sittliche Pflicht des Einzelnen, sein Wort zu halten und diejenigen, welche im Vertrauen darauf sich mit ihm vereinigt haben, nicht durch unmotivirten Rücktritt in Verlegenheit zu setzen, zu einer Rechtspflicht erhoben worden". Ich finde, man kann die römischrechtliche Vorschrift der non intempestiva renunciatio nicht passender ausdrücken.

miethe. Er stellt hier der reinen locatio conductio operarum die deutsch-rechtlichen Verträge, Gesinde-, Hoftaglöhner-, Gesellencontract und — den Lehnsvertrag entgegen. Daß letzterer nicht hierher gehört, bedarf kaum einer besonderen Erwähnung, in den ersteren kann ein Gegensatz gegen die locatio conductio nicht gefunden werden, da eine solche [6]) in denselben vollständig enthalten ist und nur daneben das vertragsmäßig geschaffene Verhältniß noch einen anderen Inhalt hat, welcher aber weder mit der Natur der locatio conductio unverträglich ist, noch die Obligation aus derselben im Geringsten modificirt, vielmehr nur den Contrahenten noch besondere Pflichten auferlegt. Diese Pflichten sind zum Theil nur sittlicher Art und rechtlich nicht realisirbar, zum Theil sind sie direct realisirbar oder wirken auf die rechtliche Beurtheilung einzelner Handlungen der Contrahenten thatsächlich ein. Dieß Letztere ist z. B. der Fall hinsichtlich des s. g. Züchtigungsrechts. Eine gewisse Handlung, gegen eine Person gerichtet, mit welcher der Handelnde nicht in einem besondern Verhältniß steht, würde als Injurie strafbar sein, das besondere Verhältniß macht sie straflos — ähnlich ist die Bestimmung hinsichtlich des Gesindediebstahls u. s. w. Zu den direct realisirbaren Pflichten gehört die Sorge für Dienstboten in Krankheitsfällen. — Wir haben keine Nachrichten darüber, ob bei den Römern Dienstverhältnisse mit ähnlichem Charakter vorgekommen sind, nicht vertragsmäßig constituirte Verhältnisse [7]), wie z. B. des Patrons zum Freigelassenen, hatten einen ähn-

6) Daß diese Verträge öfters streng genommen nicht als reine locatio conductio, sondern auch, wenn z. B. nicht oder nicht allein eine in Geld angeschlagene merces ausgemacht ist, als Innominatverträge, facio ut des oder ut facias vorkommen können, begründet keinen Unterschied, da ein solcher Vertrag immer doch der Miethe analog behandelt werden muß.

7) S. o. §. 22 a.

lichen patriarchalen Inhalt und somit würde nach der eigenen wiederholten Behauptung des Verfs. die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Constituirung gegeben sein. Ein Züchtigungsrecht des Lehrherrn wird ausdrücklich anerkannt [8]).

Auch in Betreff des Pachtvertrags findet der Verf. eine verschiedene Auffassung. Dort Pflichtlosigkeit der Contrahenten und willkürliche Auflösbarkeit des Verhältnisses, hier persönliches Verhältniß zwischen den Contrahenten, der Grundherr Berather, Schützer und Vertreter des Bauers, daher nicht willkürliche Lösbarkeit des Vertrags; auch wo dem Bauer kein dingliches Recht an dem Gute zustehe, könne er doch, so lange er das Gut gehörig bewirthschafte und den Pacht zahle, nicht vertrieben werden. — Nun kennt aber das germanische Recht ein ganz rein obligatorisches willkürlich lösbares Pachtverhältniß [9]) gerade wie die locatio conductio, und, was die Nichtentziehbarkeit des ausgethanen Grundstücks betrifft, so bietet die locatio conductio perpetua die schlagendste Analogie mit den bäuerlichen Verhältnissen. Der Herr des ager vectigalis kann dem conductor perpetuus, so lange er nicht deteriorirt und das vectigal bezahlt, nicht kündigen [10]). Was über Altentheil und Interimswirthschaft gesagt wird, gehört nicht hierher, denn diese Rechtsverhältnisse beruhen auf Verträgen des Bauers mit seinem Nachfolger, oder der Wittwe

8) L. 5 §. 3. l. 6 ad legem Aquiliam; l. 13 §. 4 locati conducti. Interessant ist, daß hier gegen den das Züchtigungsrecht mißbrauchenden Lehrherrn die actio locati (neben der aquilischen) gegeben, die actio injuriarum jedoch ausgeschlossen wird.

9) Daß dieses Pachtverhältniß häufig vorkam, sehen wir aus dem Sachsenspiegel namentlich III 45 §. 6 und der Glosse zu dieser Stelle: „Das (die landseten) sind hofeleute, meyere, den man gut lest, die man verweysen magk, die sind geste auff dem gut, die kommen und ziehen wider wegk."

10) Ein solches Verhältniß führt, wie schon oben bemerkt wurde, mit Nothwendigkeit zur Annahme eines dinglichen Rechts.

und des Gutserben mit dem einheurathenden Wirth. — Wollte man den römische Pacht mit den Augen, mit welchen der Verf. die germanischen Rechtsinstitute zu betrachten pflegt, beschauen, so böte derselbe eins der schönsten Beispiele von Aufnahme sittlicher Momente. Die remissio mercedis stellte sich einer derartigen Betrachtungsweise etwa so dar: das Verhältniß zwischen Verpachter und Pachter ist ein so nahes, daß ersterer sich nicht zum Schaden des letzteren bereichern darf; obgleich er ein Recht auf den ganzen Pachtzins hat, so muß er doch, wenn Mißjahre eingetreten sind, billiger Weise am Zins sich kürzen lassen; umgekehrt darf aber auch der Pachter nicht zum Nachtheil des Verpachters sich bereichern, wenn er daher in dem einen Jahre eine besonders günstige Aernte erzielt hat, braucht er zwar keinen höheren Zins zu geben, hat aber nicht Anspruch auf Ersatz des Schadens in anderen Jahren oder muß den durch Nachlaß erfolgten Ersatz restituiren. Dem gegenüber ließe sich die strenge Execution des Zinses im germanischen Recht stellen und die ausnehmende Härte des Rutscherzinses. Auch die Bestimmung der l. 3 C. de locato et conducto ließe sich nach der Art des Verfs. so erklären, daß es unsittlich sein würde, wenn der Miether auf dem ihm zustehenden Recht zum offenbaren Nachtheil des Vermiethers bestehen wollte und daß er daher, wenn dieser das vermiethete Haus selbst brauche, ihm weichen müsse. Dem gegenüber könnte man in dem Satz „Kauf bricht nicht Miethe" eine unbillige Härte finden, indem die Unbilligkeit des Miethers, welcher, statt eine billige Entschädigung sich gefallen zu lassen, auf seinem Recht besteht, wohnen zu bleiben, den Vermiether verhindert, sein Haus in vortheilhafter Weise zu verkaufen.

Doch überlassen wir derartige Argumentationen dem Verf. und fragen, ob denn alle dauernden Contractsverhältnisse im

germanischen Recht eine Einwirkung auf die sittliche Stellung der Contrahenteu haben. Daß dieß bei dem gewöhnlichen Pacht nicht der Fall ist, haben wir gesehen, ebensowenig ist es der Fall bei der Miethe, auch der Rentkäufer und Verkäufer stehen sich, abgesehen von der Rentpräſtation, fremd und pflichtlos gegenüber, ebenso Satzungsgläubiger und Schuldner; keineswegs ist es also eine gemeinsame Eigenschaft aller dauernden Verträge, ein besonders sittliches Verhältniß unter den Contrahenten herbeizuführen. Wenn anderen Theils bewiesen ist, daß auch das römische Recht Verträge mit sittlichem Inhalt neben dem rechtlichen mit und ohne Einwirkung beider auf einander kennt — so zeigt sich, daß auch hier wieder die von dem Verf. urgirte principielle Verschiedenheit nicht eristirt.

§. 32.

Die Organisation des ökonomischen Verkehrs.

Unter dieser Ueberschrift werden zuerst aus dem Princip der natürlichen Freiheit, nach welchem die Menschen berechtigt, aber nicht verpflichtet seien, zur Befriedigung ihrer verschiedenen Bedürfnisse Verträge mit einander zu schließen, die Consequenzen entwickelt,

1) daß jedem die Wahl seiner Erwerbsthätigkeit unbedingt frei stehe;

2) daß die Art und Weise, wie der Einzelne das von ihm ergriffene Gewerbe treiben wolle, ganz seinem subjectiven Ermessen überlassen bleibe, daß er daher auch beliebig gute und schlechte Waaren produciren, beliebig hohe und niedrige Preise fordern, die Noth und Unkenntniß der Mitcontrahenten zur Erlangung sittlich unerlaubter Vortheile benützen, dieselben über den wahren Werth der Waaren und Arbeit in unredlicher Weise täuschen dürfe;

3) daß der Producent auf seinen Mitproducenten nicht Rücksicht zu nehmen habe.

Diese Sätze werden als die Principien bezeichnet, nach welchen der römische Verkehr organisirt sei, und nur in Bezug auf die unter Nr. 2 vorgetragenen Sätze wird bemerkt, daß eine consequente Durchführung dieses Princips wegen der äußersten Erschwerungen des Verkehrs practisch kaum möglich gewesen sei, weßwegen denn auch durch das prätorische und ädilitische Recht der Benachtheiligte mindestens gegen einen nicht leicht zu durchschauenden Betrug u. s. w. geschützt worden sei. Ferner sei auch der Staat bei manchen Verträgen, bei welchen die Gefahr, daß jemand durch Leichtsinn oder sorglose Ausbeutung seiner augenblicklichen Noth gänzlich ruinirt werde, sehr groß sei, exceptionell eingeschritten.

Diesem Princip der Freiheit gegenüber wird die Organisation des Verkehrs nach sittlichem und germanischem Princip entwickelt. Zwar sei es sittlich erlaubt, für Waare und Arbeit einen Preis zu begehren und aus dem Austausch von Waare und Arbeit gegen Lohn einen entsprechenden Vermögensvortheil zu ziehen, nur solle dieser nicht alleiniger Zweck des Gewerbsbetriebs sein, sondern nur ein angemessener Lohn für die der Gesammtheit durch Producent und Kaufmann geleisteten Dienste. Der höhere sittliche Zweck der Industrie und des Handels sei nicht Bereicherung der Producenten, sondern die Production und Vertheilung der zur Befriedigung der verschiedenen Lebensbedürfnisse dienenden materiellen Güter. Daher sei der Fabricant sittlich nicht berechtigt, schlechte Waare zu liefern, möglichst hohe Preise zu fordern, die Abnehmer zu übervortheilen und zu betrügen u. s. w. Das Recht, Handel und Gewerbe zu treiben, sei ein sittlich beschränktes, ein Amt, welches dem Berechtigten um eines höheren sittlichen Zwecks willen verliehen, und welches er diesem Zweck gemäß

zu verwalten schuldig sei, wie sich dieß auch in dem Namen Handwerksamt, officium, ausspreche. Wegen der Gefahr unsittlicher Uebervortheilung verstehe es sich von selbst, daß der Staat vermöge seiner Aufgabe, das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken, den Verkehr nicht gehen lassen dürfe, wie er eben gehen wolle, sondern denselben unter seine specielle Fürsorge und Aufsicht nehmen müsse. — Unter der Form der Deduction von Principien aus dieser Amtsnatur und diesem Aufsichtsrecht wird nun von S. 287—300 ein Panegyricus eines durch staatliche Bevormundung und kleinbürgerlichen Krämersinn in engste Schranken eingezwängten Verkehrs geliefert. Nicht zu verkennen ist bei dieser Darstellung die Gewandtheit, mit welcher lediglich historisch zu erklärende Erscheinungen [1]) aprioristisch construirt werden [2]).

---

1) Man vergleiche z. B. die Erklärung des Satzes, daß Handel und Gewerbe nur in den Städten getrieben werden dürfen (S. 298 N. 11), oder den Ausschluß der unehelichen Kinder aus den Zünften (S. 289).

2) Freilich ließe sich Stapel- und Niederlagsrecht, Straßenzwang und Krahnrecht auch in ähnlicher Weise rechtfertigen. Es ist billig, könnte man sagen, daß diejenigen Städte, welche durch Anlagen von Straßen und Sicherung des Transports den ununterbrochenen Verkehr ermöglichen, auch von den Fremden, zu deren Gunsten dieß geschieht, eine billige Entschädigung genießen. Wollte der Kaufmann, welcher bei schlechtem Wetter und in unsichern Zeiten die gute und sichere Straße wählt, dieselbe in anderen Zeiten der Abgaben wegen vermeiden, so würde er undankbar und darum unsittlich und widerrechtlich handeln. Gebraucht ein Einwohner der Stadt, welche dem durchziehenden Kaufmann Schutz gewährt, von dessen Waaren und will ihm dieselben um den entsprechenden Preis abkaufen, so handelt dieser gegen die concret gewordene Pflicht, Anderen in rechtlichen und sittlichen Dingen beizustehen, wenn er etwa mit Rücksicht darauf, daß er anderswo einen höheren, sittlich nicht gerechtfertigten Preis erzielen kann, den Verkauf verweigern wollte. Das Krahnrecht könnte in ähnlicher Weise gerechtfertigt werden durch

Darin liegt aber auch die Fehlerhaftigkeit der Darstellung und die Unbrauchbarkeit derselben für unseren Zweck. Will man die Organisation des Verkehrs verschiedener Völker vergleichen, so muß man vor allen Dingen den Boden untersuchen, auf welchem sich dieselbe ausgebildet hat, die politischen, socialen, mercantilen Verhältnisse erforschen und neben einander stellen, ferner die verschiedenen Entwickelungsstufen aus einander halten, vor Allem aber nicht nach einem im Voraus festgestellten Princip die Thatsachen auswählen und zurecht legen. In der Darstellung des Verfs. findet sich nun aber nicht nur keine Spur derartiger Untersuchungen [3]), sondern es geht auch aus derselben hervor, daß er dergleichen nicht angestellt hat; er unterscheidet ferner die verschiedenen Zeiten nicht, sondern spricht einfach den Römern jede Rücksicht auf das Gemeinwohl ab, so daß sich die Organisation des Verkehrs eigentlich als Nichtorganisation darstellt; er greift endlich eine beliebige Entwickelungsstufe heraus und verfährt in der willkürlichsten Weise mit den Thatsachen. Daß in Rom Handwerkercollegien vorhanden waren und unter Controle der Magistrate standen, wird mit Stillschweigen übergangen. Ich bin natürlich weit entfernt, dieselben mit unseren Zünften zu identificiren oder nur annähernd zu vergleichen, aber wenn man die Organisation des Verkehrs beider Völker behandelt, sind derartige Institute doch jedenfalls zu berühren und sicherlich widerspricht es doch dem aufgestellten Princip, daß der Staat sich nach dieser Richtung um das Gemeinwohl nicht bekümmert habe, wenn wir aus der Anführung einer lex Metella fullonibus dicta

---

die Sorge, daß der Kaufmann gutes Gewicht liefere und weder die Zollbehörden noch die Käufer benachtheilige u. s. w. u. s. w.

3) Die von Ihering B. II §. 34 mit Recht hervorgehobene Einwirkung der Sclaverei auf das Verkehrsleben der Römer wird nicht einmal angedeutet.

ersehen, daß die staatliche Controle sich auch auf den Gewerbsbetrieb der Collegien erstreckt hat. Wie stimmt es ferner mit diesem Princip, daß die Collegien verpflichtet waren, sich nöthigenfalls dem Staat zur Verfügung zu stellen, wozu ebenfalls Private, z. B. die Schiffseigenthümer, verpflichtet waren? Von den exorbitanten Beschränkungen der persönlichen Freiheit, wie sie in der späteren Kaiserzeit in Betreff der Erblichkeit und der Gebundenheit einzelner Collegien im öffentlichen Interesse [4]) eingeführt waren, der (allerdings nur vorübergehenden) Limitirung aller Waarenpreise, der Einführung neuer Magistrate zur Controlirung des Verkehrs geschieht keine Erwähnung. Die Organisation der Annona, wodurch ein ganzer Handelszweig und gerade der wichtigste unter die specielle Aufsicht des Staats und zwar nicht im fiscalischen Interesse, sondern in dem der consumirenden Bürger gestellt wurde, existirt für den Verf. nicht — „eine Rücksicht auf das Gemeinwohl ist dem römischen Verkehrsrecht fremd".

So schädlich aber ein solches Verfahren des Verfs. bei der Behandlung anderer Materien ist, so hat es im vorliegenden Fall doch keine besonderen Nachtheile, denn die ganze Frage gehört nicht hierher. Was hat die Beschränkung des gewerbsmäßigen Betriebs von Handel und Gewerbe, was hat im Einzelnen das Verbot, zwei offene Laden zu halten oder ein uneheliches Kind in die Zunft aufzunehmen, mit dem Wesen der Obligation zu schaffen? Es wird daher auch hier nicht weiter auf die Organisation des Verkehrs eingegangen, und es soll die Argumentation des Verfs. nur noch in so fern beleuchtet werden, als sie sich auf das Obligationenrecht bezieht.

4) Ob das öffentliche Wohl dadurch wirklich befördert wurde, ist für unsere Betrachtung gleichgültig, es kömmt ja nur auf die Tendenz des Rechts an.

Wenn der Verf. unter Nr. 2 behauptet, das römische Recht erlaube unredliche Täuschung des Mitcontrahenten über den wahren Werth der Waare und der Arbeit, wenn er ferner behauptet, streng genommen habe selbst weder wirklicher Betrug nach Drohung den Contract ungültig gemacht und das alte Civilrecht erkenne dieß als Princip namentlich bei den stricti juris Contracten an, eine Abweichung davon aber habe nur wegen der practischen Undurchführbarkeit stattgefunden — so liegt hierin eine so starke Verkennung des römischen Rechts, als nur in irgend einer andern Stelle des Buchs eine solche enthalten ist. Der Verf. bezieht sich zum Beweis seines ersten Satzes auf den so oft gemißbrauchten Ausspruch: in emendo et vendendo naturaliter concessum est se invicem circumscribere. Wie ist es denkbar, daß man das Princip, daß unredliche Täuschung erlaubt sei, mit Bezugnahme auf einen bonae fidei Contract ausspricht, von welchem ausdrücklich erklärt wird, daß bei seiner gerichtlichen Geltendmachung jeder Dolus von dem Arbiter zu berücksichtigen ist? Wie kann ferner ein römischer Jurist dazu kommen, ein dem positiven römischen Recht angehörendes Princip mit den Worten „naturaliter concessum est,“ „naturaliter licet“ zu proclamiren? Liegt nicht gerade in diesen Worten die Erklärung, daß es der thatsächlichen Natur des Kaufs entspreche, daß der Käufer so wohlfeil als möglich zu kaufen, der Verkäufer möglichst theuer zu verkaufen suche [5]) und daß

5) Vgl. die Darstellung des l. 8 C. de rescind. emt. vendit. wo, nachdem das thatsächliche Verfahren beim Abschluß eines Kaufs dargestellt worden, es ausdrücklich als der bona fides zuwider laufend erklärt wird, den Kaufvertrag wegen nicht entsprechenden Verhältnisses zwischen Waare und Preis aufzuheben, wenn nicht etwa die Gegenleistung so gering war, daß sie nicht mehr als Preis und daher das Geschäft nicht mehr als Kauf angesehen werden konnte.

deßwegen das Recht auch daran, daß der Preis dem Werth der Waare nicht völlig angemessen sei, keinen Anstoß nehmen dürfe, vorausgesetzt, daß nicht unredliche Mittel gebraucht worden seien, wie gleich die folgende Stelle [6]) ausdrücklich erklärt. Wenn das alte Civilrecht kein Mittel gewährt, die Unfreiheit des rechtlichen Willens einer stricti juris actio gegenüber geltend zu machen, so liegt dieß in der oben besprochenen Unbeholfenheit des ältesten Obligationenrechts, es kann aber darin nicht eine Anerkennung, ein Erlaubtsein des Dolus gefunden werden. Das Recht hatte sich noch nicht zu der Höhe erhoben, die Nothwendigkeit der unbedingten Freiheit des rechtlichen Willens anzuerkennen. Erst eine größere Verfeinerung des Rechts konnte zur Berücksichtigung dieser neuen Momente gelangen, und zwar geschah dieß zuerst nur in einzelnen Fällen, bis man sich zur Aufstellung eines allgemeinen Princips erhob [7]). Die Art und Weise, wie sich die römischen Juristen über die wegen dolus, metus, error gegebenen Rechtsmittel aussprechen, zeigt auf das Deutlichste, daß dieselben nicht in der äußeren Absicht gegeben sind, den Verkehr zu erleichtern [8]), sondern aus dem Bedürfniß hervorge-

6) L. 23 locati conducti: si nullus dolus adversarii probari possit.

7) Ueber die Vermittlung dieser Anerkennung durch den Rechtsgang bei bonae fidei judicia s. o. S. 453.

8) Ist irgendwo in den römischen Quellen erwähnt, daß die doli exceptio oder actio propter utilitatem eingeführt sei; heißt es nicht gleich in der ersten Stelle des Titels de doli mali exceptione: Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit? Ja, man könnte sogar versucht sein, dem römischen Recht eine zu große Berücksichtigung der innern Rechtsidee zum Nachtheil des Verkehrs zum Vorwurf zu machen. Es genügt, hierfür auf die particularrechtlichen Beschränkungen des ädilitischen Edicts und auf manche Parömien Bezug zu nehmen, welche, das Bedürfniß des Verkehrs hervor-

gangen sind, das feinere Rechtsgefühl (aequitas) dem roheren formellen Recht gegenüber zur Anerkennung zu bringen, den Satz summum jus, summa injuria unwahr zu machen. Nachdem das Princip einmal aufgestellt war, wurde es auch in wunderbar schöner Weise im Einzelnen ausgebildet und so gehört gerade die Lehre von der rechtlichen Willensfreiheit zu denjenigen Lehren, welche als dauernde Errungenschaften der Jurisprudenz in jedem gebildeten Recht zur Anerkennung kommen müssen.

Uud nun das deutsche Recht. Ist es denn wirklich so selbstverständlich, daß dieses die Freiheit der rechtlichen Willenserklärung anerkannt hat, daß man nicht einmal den Versuch zu machen für nöthig hält, es zu beweisen? Mit allgemeinen Raisonnements aus willkürlich aufgestellten Principien ist hier nichts gewonnen, es gilt, die formulirten Sätze nachzuweisen über den Einfluß von Irrthum, Betrug, Zwang. Dieser Nachweis ist nun aber freilich unmöglich. Einzelne Sätze finden sich allerdings vor, z. B. über Mängel verkaufter Thiere oder über die Unverbindlichkeit des in der Gefangenschaft gegebenen Versprechens — aber ein Princip selbst ist in rein germanischen Quellen nirgends formulirt [9]). Mit dem-

---

hebend, mitunter die Motive einer abändernden Rechtsbildung geworden sind, z. B. Augen für Geld; wer die Augen nicht aufthut, muß den Beutel aufthun; Handel ist Handel u. s. w.

9) In der lex Baiuwariorum XV. 2. 2. findet sich zwar eine allgemeine Erklärung, daß ein zwangsweise erpreßter Kauf nichtig sein solle. Diese Stelle ist aus der westgothischen Antiqua (l. Wisigoth. V, 4, 3) entnommen, welche in diesem Satz begreiflicher Weise nicht als rein germanische Quelle angezogen werden darf. Zu bemerken ist aber noch die Beschränkung, welche die lex Baiuwariorum den Worten violenter et per metum extorta, gibt: metu mortis aut per custodiam. — Nicht ohne Interesse ist die Beobachtung, daß die größere Hälfte der von der bairischen Lex aus dem westgothischen

selben Recht, mit welchem der Verf. dem alten Civilrecht eine Anerkennung des Betrugs zuschreibt, könnte man diese also auch im ältern germanischen Recht finden, und richtig den Satz aufgefaßt, berücksichtigt dieses in der That die rechtliche Willensfreiheit eben so wenig als jenes. Der Reinigungseid hilft natürlich auch hier [10]), sobald der Wille nicht vor Gericht erklärt war. Daß eine gerichtliche Willenserklärung oder, wo einer solchen gleiche Kraft zukömmt, eine durch (vor und mit Zeugen aufgenommene) Urkunde confirmirte Erklärung wegen Zwangs, Betrugs, Irrthums angefochten werden konnte, ist mit der gesammten Anschauung des germanischen Rechts unverträglich [11]). Aber auch das spätere Recht bildete diese Lehre keineswegs aus, sondern entlehnte nur aus dem römischen Recht, wie dieß schon früh hier und da geschehen [12]), einzelne Sätze, so daß die Nothwendigkeit der rechtlichen Willensfreiheit erst mit der Reception des römischen Rechts in Deutschland principiell anerkannt ward, dann aber auch, wie es nicht anders möglich war, die rein römische Lehre zur Anwendung kam. Der Verf. geht, wie bemerkt, gar nicht auf das alte Recht ein, sondern bezieht sich auf die Organisation des Verkehrs, wie sie in der späteren Zunftverfassung ausgebildet war. Was folgt aber aus dieser? Daß in Zeiten, in welchen durch die Aufnahme des römischen Rechts das Obligationenrecht schon eine hohe Stufe der Ausbildung erlangt hatte, eine policeiliche Beaufsichtigung und Beschränkung

---

Rechtsbuch entnommenen Stellen auf die beiden Titel de commendatis und de venditionibus kömmt.

10) Siehe o. S. 460 ff.

11) In der späteren Zeit wurden betreffende Clauseln in die Vertragsurkunden aufgenommen. S. Häberlin, Bearb. der freisinger Urkunden S. 104.

12) S. o. N. 9.

des kleinen Handels- und Gewerbsverkehrs stattfand, daß in manchen Zweigen gegen diejenigen Verkäufer, welche schlechte Waaren lieferten, ex officio eingeschritten wurde, daß zum Austrag mancher Arten von Streitigkeiten ein besonderes forum und ein schleuniger Rechtsgang festgesetzt war, daß bei solchen Verträgen, bei welchen das römische Recht die Beurtheilung der Erfüllung dem arbitrium boni viri unterwirft, bestimmte Personen als arbitri bestellt waren, daß betrügerischen Gewerbsleuten ihr Gewerbsbetrieb untersagt werden konnte. — Alles in gewissem Sinne zweckmäßige und zum Theil unentbehrliche Sätze; aber folgt daraus eine von der römischen verschiedene Auffassung des Wesens der Obligation? Auch die Römer kannten eine Beaufsichtigung des Kleinverkehrs: die Aedilen hatten die Aufsicht und Jurisdiction über den Marktverkehr, sie sahen auf richtiges Maß, sie erkannten in Kaufsachen, wenn Mängel verschwiegen waren; der praefectus urbi hatte darauf zu sehen, daß die Geldwechsler in jeder Weise ehrliches Geschäft trieben, daß die Fleischtaxe eingehalten wurde, er konnte die Befugniß, Handel zu treiben, auf Zeit und auf immer entziehen u. s. w.; auch die Wirthe unterlagen einer besonderen Beaufsichtigung.

Zweites Capitel.

Obligationen aus anderen Gründen.

§. 33.

Die Privatdelicte.

Der Verf. ist sichtlich in Verlegenheit, wie er in der Behandlung der Privatdelicte eine principielle Verschiedenheit des römischen und germanischen Rechts finden will. Ohne einen

allgemeinen Satz aufzustellen, beschränkt er sich auf einige einzelne „Andeutungen." Hinsichtlich der Behandlung der Injurie bezieht er sich auf das in §. 18 darüber Vorgebrachte, es kann daher auch lediglich auf das oben S. 159 ff. darüber Gesagte Bezug genommen werden. Ebenso wird auch hinsichtlich des Diebstahls auf §. 25 verwiesen, vergl. darüber oben 331—335. Jedoch wird hier noch darauf Gewicht gelegt, daß „das römische Recht den Diebstahl nur als ein geringfügiges Privatdelict, das germanische Recht dagegen als ein unter Umständen mit dem Strange zu bestrafendes Criminalverbrechen auffaßte", und „diese Verschiedenheit aus der Verschiedenheit der römischen und germanischen Ansicht über das Verhältniß des Rechts zur Sittlichkeit deducirt." Obgleich man nun hiergegen einwenden könnte, daß das furtum nicht als geringfügiges Privatdelict aufgefaßt wird, sondern als hauptsächlichstes, daß das furtum manifestum in der alten Zeit mit einer öffentlichen Strafe belegt war und in der ersten Kaiserzeit das furtum überhaupt öffentlich bestraft zu werden pflegte, daß in den ältesten Zeiten der Diebstahl nicht bei allen germanischen Stämmen und nicht jeder Diebstahl eine öffentliche Strafe nach sich zog, daß in mancher Beziehung die Behandlung des Diebstahls in beiden Rechten große Aehnlichkeit hat [1]), so muß doch die principielle Verschiedenheit in der Auffassung des Diebstahls für das alte Recht im Allgemeinen allerdings zugestanden werden. Dieselbe kann aber nicht als Beleg für die Richtigkeit des Princips des Verfs. gebraucht werden. Da hier nicht auf das gegenseitige Verhältniß des römischen und germanischen Strafrechts eingegangen werden soll, so will ich mich nur zur Begründung dieser

1) Z. B. in der Verpflichtung des Diebes, den mehrfachen Werth der gestohlenen Sache zu ersetzen, in der Haussuchung nach gestohlenen Sachen. Grimm, Rechtsalterthümer S. 639 ff.

Behauptung auf die Behandlung eines anderen Verbrechens beziehen, bei welchem gerade die entgegengesetzte Anschauung vorhanden ist. Tödtung eines Freien wird im altgermanischen Recht offenbar als Privatdelict behandelt, im altrömischen Recht aber zieht dieselbe öffentliche Strafe nach sich. Die Schlußfolgerung nach der Methode des Verfs. ergibt sich von selbst. — Der Verf. findet ferner darin, daß bei Körperverletzungen neben dem Schadensersatz noch ein Schmerzensgeld gegeben werden müsse, eine charakteristische Billigkeit des germanischen Rechts. Von einem neben der Buße herlaufenden Schmerzensgeld weiß das alte Recht nichts, die Buße selbst hat nicht die feinere Natur eines Schadensersatzes, d. h. nicht des Ersatzes eines in concreto ästimirten Schadens, sondern ist ihrem Betrag nach absolut und abstract durch das Recht festgesetzt [2]). Wenn nun das spätere deutsche Criminalrecht neben der öffentlichen Strafe und der Verpflichtung zum Ersatz des concreten Schadens noch die alte Buße unter dem Namen Schmerzensgeld beibehalten hat, so ist dieß, mag man die Buße als Sühnegeld oder als Schadensersatz auffassen, ungerechtfertigt, mag aber mit Rücksicht auf die Kleinlichkeit, mit welcher bei der Schadensberechnung verfahren zu werden pflegt, insofern als billig erscheinen, als dadurch der Beschädigte auch für den nicht streng liquidabeln Schaden einigen Ersatz erhält. Daß aber in dieser billigen Rücksicht nicht ein charakteristisches Zeichen der germanischen Rechtsanschauung liegt, braucht nicht bemerkt zu werden und keinesfalls kann sie dem römischen System zur Ermittelung des Schadens gegenüber geltend gemacht werden. — Ein weiterer Unterschied wird endlich in der „Behandlung des casuellen oder in Folge eines Nothstands

2) Vergl. über das jedem alten Recht (nicht nur dem römischen) eigenthümliche System der absoluten oder objectiven Aestimation Ihering a. a. O. B. II. S. 112 ff.

zugefügten Schadens" gefunden. Man ist berechtigt, zu erwarten, daß der Verf. sich für diese Behauptung auf den unzweifelhaften Satz des alten germanischen Rechts beziehen werde, daß auch der ohne Verschuldung zugefügte Schaden ersetzt werden, resp. auch für eine casuelle Verletzung Sühne gezahlt werden muß [3]). Aber wie mit seinem Grundprincip diesen Satz in Einklang bringen, welchen man, man mag ihn betrachten, wie man will, immer nur als das Product einer rohen, unbeholfenen Auffassung ansehen kann [4]). Das Recht fängt daher auch schon früh an, freilich oft in wunderlicher Weise den Satz zu mildern, bis er endlich mit der Aufnahme des römischen Rechts ganz ausgerottet wird. Auf diesen Satz des alten Rechts läßt sich aber der Verf. gar nicht ein, ignorirt denselben völlig und behauptet dagegen, „vom Standpunct des germanischen Rechts verstehe es sich zwar ebenfalls (wie von dem des römischen) von selbst, daß der Beschädigende, wenn er ohne Schuld in Folge eines Zufalls oder im Nothstand dem Andern einen Schaden zugefügt habe, nicht zum vollen Ersatz verbunden sein könne; eine andere Frage aber sei es, ob er den Schaden, den er doch einmal, wenn auch ohne seine Schuld, dem Andern zugefügt habe, nicht wenigstens mittragen müsse." Womit beweist der Verf. diesen abenteuerlichen Satz? Er fährt so fort:

---

3) Das alte Recht trennt Sühne und Schadensersatz nicht, beide gehen in einander über.

4) Wilda, Strafrecht der Germanen S. 552 stellt die dem Satz zu Grunde liegende Idee, natürlich ohne dieselbe zu rechtfertigen, so dar: „Der hatte die Last des Geschickes zu tragen, der gleichsam das willenlose Werkzeug in der unsichtbar lenkenden Hand gewesen, nicht derjenige, welcher dadurch eigentlich betroffen schien." Muß nicht jede gebildetere religiöse Auffassung gerade das Werkzeug als solches freisprechen und dem „eigentlich Betroffenen" die Tragung des Schadens zusprechen?

„und von diesem Gesichtspunct aus bestimmt z. B. das hanseatische Seerecht Tit. 10, daß alle solche Schäden an Schiffen, welche ohne Schuld des einen oder anderen Schiffers verursacht werden, von beiden Theilen gemeinschaftlich zur Hälfte getragen werden." Die hier angeführte Bestimmung über die Tragung des durch Ansegeln entstandenen Schadens findet sich mit verschiedenen Modificationen in vielen Seerechten, aber auch nur in Seerechten (resp. nur in Betreff von Schiffsschäden durch Ansegelung oder Zusammenstoß), sie beruht aber keineswegs auf dem Princip, aus welchem sie der Verf. erklärt, sondern ist aus dem Erfahrungssatze hervorgegangen, daß die meisten durch Ansegeln entstandenen Schiffsbeschädigungen durch gehörige Vorsicht hätten vermieden werden können, daß der Schaden also meist ein culposer ist und daß, wenn die Culpa des einen Theils nicht evident ist, dieselbe meist auf beiden Seiten vorhanden ist [5]). Dieser Grund geht aus der Fassung der einzelnen Rechte hervor, namentlich aber auch daraus, daß, wo ein Seerecht sich feiner ausbildet, es den s. g. abbordaggio incerto in etwas eleganterer Weise so auffaßt, daß es die gemeinschaftliche Tragung des reinen Casus verwirft und nur, wenn nicht bewiesen werden kann,

---

5) Manche Seerechte lassen daher das stillliegende Schiff, welches präsumtiv keine Culpa begeht oder dessen Culpa (unpassender Ankerort, Nichtaushängen einer Laterne) regelmäßig bewiesen werden kann, nicht haften. Das hanseatische Seerecht (Tit. 10 Art. 3) hat die völlig inconsequente Bestimmung, daß, wenn ein casuell von seinem Ankerplatz losgerissenes Schiff mit einem vor Anker liegenden zusammenstößt, beide Schiffe dann den Schaden tragen, wenn beide beschädigt sind, das anstoßende Schiff hingegen, wenn es allein Schaden erleidet, diesen allein trägt. Diese nach dem Grundsatz, von welchem ausgegangen wird, völlig inconsequente Bestimmung, welche auch zu wunderlichen practischen Resultaten führen kann, erklärt sich aus einer allerdings auf halbem Wege stehen gebliebenen Reaction eines gesunden Rechtsgefühls gegen den „Billigkeitsgrundsatz."

auf wessen Seite Culpa vorhanden war, den Schaden auf beide Schiffe vertheilt[6]). — Das hanseatische Seerecht von 1591 resp. 1614 kann also nicht zum Beweis des von dem Verf. aufgestellten germanischen Princips über die Tragung des Casus angeführt werden; andere Belege fehlen.

§. 34.

Gesetzliche Obligationen.

Der Verf. führt aus, daß, da nach der römischen Anschauung die Menschen einander rechtlich von Haus aus fremd und pflichtlos gegenüber ständen, es im römischen Recht natürliche Rechtspflichten eigentlich auch gar nicht geben könne, daß principiell als Entstehungsgrund von positiven Pflichten nur Vertrag, Delict, Quasivertrag, Quasidelict gelten und nur ausnahmsweise sittliche Pflichten aus Gründen der aequitas und utilitas zu Rechtspflichten erhoben seien, daß dagegen aus dem germanischen Princip, daß die Menschen sich in allen rechtlichen und sittlichen Dingen beistehen müßten, eine große Menge von gesetzlichen Obligationen hervorgegangen seien, welche theils zwischen allen Menschen gelten, theils zwischen solchen Personen, welche in einem besonderen Verhältniß zu einander ständen. Diese Sätze sind schon an verschiedenen Stellen des Buchs vorgetragen und es ist die Grundlosigkeit derselben schon früher nachgewiesen worden, so daß auf das darüber Gesagte lediglich Bezug genommen werden kann. Ueber die Existenz selbstständiger Rechtspflichten im römischen Recht vergleiche oben S. 110 ff. Ueber die allgemein menschlichen Pflichten, namentlich Pflicht der Gastfreund-

6) S. z. B. C. de Comm. 407. Pardessus droit commercial III No. 652, 653.

schaft u. s. w., ist S. 332 ff. gesprochen worden [1]), über die Fraternitätspflichten s. S. 300, über die Nachbarpflichten [2]) S. 336 ff.

---

1) Den Verboten der Aufkäuferei lassen sich die römischen Verbote des s. g. Kornwuchers und des Geldwuchers gegenüberstellen.

2) Hier dürfte noch auf die Stelle bei Cicero über die Auffassung der Nachbarstreitigkeiten im Gegensatz zu anderen Processen (Puchta, Institutionen B. II §. 154 N. c) aufmerksam zu machen sein.

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

§. 35.

Entstehung und Rechtsgrund der Erbfolge.

Darstellung des Verfs. Das germanische Intestaterbrecht beruht nach dem Verf. auf der sittlichen Stellung der Kinder und Verwandten des Verstorbenen, welche schon bei dessen Leben Beziehungen zu dem Vermögen desselben begründet und vermöge deren sie die Nächsten zur Erbschaft sind. Daraus folgt, daß die sittliche Nächstberechtigung bei dem Tode des Erblassers bereits existent ist und den Erben deßwegen die Erbschaft ohne Weiteres zufällt und ferner, daß die Verpflichtung, die Schulden des Erblassers zu zahlen, nicht über den Bestand der Erbschaft hinausgeht und nur diejenigen Schulden ergreift, mit denen die Erbschaft zu belasten der Erblasser sittlich berechtigt war. — Die Genesis des römischen Intestaterbrechts hingegen ist nicht so einfach. Da die Römer sittliche Pflichten nicht als rechtliche anerkennen, so können sie auch die sittliche Verpflichtung der Menschen, die Nächstberechtigung der Blutsverwandten zur Succession in den Nachlaß des Verstorbenen zu respectiren, nicht anerkennen. Sie müssen deßwegen das Intestaterbrecht künstlich construiren. Im Zustand der natürlichen Freiheit existirt kein Erbrecht, jeder kann sich die durch den Tod eines Menschen herrenlos gewordenen Gegenstände aneignen. Dieß „Rechtsverhältniß" wird durch die Gründung des Staats nicht verändert, „weil mit dem Tod des Menschen natürlich auch seine Rechte an

dem von ihm besessenen Vermögen aufhören", die Nachlaßgegenstände sind auch im Staat res nullius. „Eine Durchbrechung erleidet dieses Princip jedoch vermöge der Art und Weise, wie die Römer die väterliche Gewalt construiren, von vorn herein für den Fall, wenn der Verstorbene Kinder hinterlassen hat." Da die Kinder nicht neben dem Vater bestehende selbstständige Personen sind, sondern nur eine Erweiterung der Persönlichkeit desselben bilden, so wird das Rechtssubject, welchem das Vermögen angehört, bei dem Tod des Vaters als fortexistirend gedacht und Kinder succediren ipso jure. „So kommen die Römer von ihrem Standpuncte aus wenigstens für diesen Fall zu einer Art von Erbfolge." Es lag nahe, jene Form der Succession in Ermangelung natürlicher Kinder analog auszudehnen. Dieß geschah durch wirkliche Arrogation oder durch einen Act, durch welchen man die Wirkungen der Arrogation bis zum Tode des Arrogirenden aussetzte. Da nun aber die Römer regelmäßig die Erbschaft den nächsten Verwandten am liebsten gönnten, und diese regelmäßig instituirten, so bildete sich der Satz aus, daß, auch wenn kein Testament vorlag, der proximus agnatus als präsumtiver Testamentserbe des kinderlos Verstorbenen berufen wurde. Diese Vermittelung der Erbfolge der Seitenverwandten durch die testamentarische Erbfolge wird erwiesen dadurch, daß die Erbschaft nach altem Civilrecht nur dem proximus agnatus deferirt wurde und erst das spätere Recht zu einer successio graduum et ordinum kam, daß die mehreren Agnaten nicht in stirpes, sondern in capita succedirten, daß die Erbschaft dem nicht zur Zeit des Todes, sondern zur Zeit der Gewißheit des Nichtvorhandenseins eines Testaments nächsten Agnaten deferirt wurde, endlich durch die Ausdrucksweise der XII Tafeln, und die Benennung als legitima hereditas, wodurch dieselbe als „gesetzlich eingeführte," nicht als natürliche bezeichnet wurde. —

Ehe ich durch eine selbstständige Darstellung des gegenseitigen Verhältnisses beider Erbrechte eine Widerlegung der vorgetragenen Ansichten versuchen werde, will ich im Voraus auf einige formale Widersprüche in der Argumentation des Verfs. aufmerksam machen, durch welche diese selbst als unhaltbar sich darstellt.

Schon von vorn herein muß es Verdacht erregen, daß der Verf. in der Anerkennung der am Oeftesten vorkommenden, ich möchte sagen, natürlichsten Art der Succession, der der Descendenten, eine Durchbrechung des aufgestellten Princips erkennt. Da er selbst keineswegs behauptet, daß die Succession der Sui je nicht stattgefunden habe, so kann er auch in derselben eine Durchbrechung des Princips nicht erkennen, dasselbe würde vielmehr vom Anfang an nur die Nichterbberechtigung der Nichtdescendenten zu seinem Inhalt gehabt haben.

Der Verf. sieht die agnatische Erbfolge als eine Nachbildung der testamentarischen an und erklärt hieraus die Entstehung mehrerer Sätze des römischen Erbrechts. Eine consequente Durchführung des Grundgedankens des Verfs. würde aber gerade eine andere Gestaltung des Erbrechts der Nichtsui bewirkt haben, und als Consequenzen der von dem Verf. aus diesem Grundgedanken abgeleiteten Construction erscheinen gerade die den aus dieser deducirten entgegengesetzten Rechtssätze.

Der Verf. argumentirt folgendermaßen. Jeder Römer habe in Ermangelung von Kindern regelmäßig testirt, und da es keinem Zweifel unterliegen könne, daß er seinen Nachlaß in der Regel seinen „nächsten Verwandten" lieber gegönnt habe, als cuilibet ex populo, so könne ohne Weiteres vorausgesetzt werden, daß er regelmäßig, wenn er Niemanden gehabt habe, den er mehr liebte, den „proximus agnatus"

zum Erben eingesetzt habe. Es habe daher angenommen werden dürfen, daß, wenn jemand ohne Kinder und Testament verstorben war, er nur durch zufällige Umstände an der Errichtung eines Testaments verhindert oder vom Tode überrascht worden sei und daß er muthmaßlich, wenn dieß nicht der Fall gewesen, in Ermangelung einer ihm noch theuereren Person seinen nächsten „Blutsverwandten" zum Erben eingesetzt haben würde. Es habe daher nahe gelegen, generell festzusetzen, daß, wenn jemand ohne Kinder und Testament verstürbe oder die Testamentserben nicht antreten würden, der „proximus agnatus", als präsumtiver Testamentserbe des Verstorbenen, so angesehen werden solle, als sei er wirklich instituirt.

Eine derartige Präsumtion ließe sich allenfalls als möglich annehmen, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben ist, schwieriger würde es schon sein, wenn derselbe mit Testament verstorben ist, und wol gar den üblichen Zusatz: ceteri omnes exheredes sunto gemacht hat, der Instituirte aber nicht angetreten hat; hier wäre eine präsumtive eventuelle Absicht anzunehmen — aber was wäre die rechtliche Wirkung der Anerkennung einer solchen präsumtiven Absicht? Doch sicher, daß die nächsten „Blutsverwandten", d. i. Cognaten zur Succession berufen würden, nicht aber der proximus agnatus. Unerklärt blieben ferner gerade die Sätze, welche der Verf. durch die Entstehung der agnatischen Erbfolge aus der testamentarischen erklären will.

Wenn das Recht für den Fall, daß der eingesetzte Testamentserbe, die dem Erblasser „theuerste Person", nicht antritt, die präsumtive eventuelle Absicht des Erblassers, die ihm nach dem eingesetzten Erben zunächst theure Person einzusetzen, anerkennt und realisirt, so mußte es auch, wenn die durch den präsumtiven Willen des ohne Testament verstorbenen Erblas-

sers zur Erbschaft berufene theuerste Person (der nächste Agnat) nicht angetreten hatte, die eventuell auf die zunächst theuere Person gerichtete präsumtive Absicht anerkennen und folglich zu einer successio graduum gelangen und folgeweise auch zu einer successio ordinum. Wenn aber der Verf., um den Ausschluß der successio graduum et ordinum zu rechtfertigen, auf die formelle Fassung des Rechtssatzes sich beruft, und die agnatische Erbfolge als „eine auf gesetzlicher Sanction beruhende Generalinstitution beziehungsweise Substitution des proximus agnatus beziehungsweise der Gentilen als Testamentserben" bezeichnet, so läßt es sich hiermit wieder nicht vereinigen, warum nicht derjenige Agnat berufen wurde, welcher zur Zeit des Todes der nächste war. Die gesetzliche Institution oder Substitution mußte als der testamentarischen nachgebildet im Moment des Todes wirksam, der dann nächste Agnat instituirt und substituirt sein. Hinterläßt der Erblasser eine schwangere Wittwe oder einen suus in feindlicher Gefangenschaft, so müßte nach der Ansicht des Verfs. der zur Zeit des Todes des Erblassers nächste Agnat ganz in derselben Lage sein, wie der unter der Bedingung, daß ein Posthumus nicht lebend geboren werde, der suus nicht aus der Gefangenschaft zurückkehre, testamentarisch Instituirte, er also und nicht der zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nächste Agnat berufen sein; ebenso erschiene, wenn der Erblasser ein Testament hinterlassen hatte, der beim Tode nächste Agnat wie ein testamentarisch Substituirter und müßte, wenn der Instituirte nicht antrat, zur Succession gelangen.

Wie ließe sich endlich, wenn die agnatische Erbfolge der testamentarischen nachgebildet wäre, die dem Testamentserben abgehende Fähigkeit, die Erbschaft vor dem Antritt zu veräußern, rechtfertigen?

Eine Verschiedenheit des römischen und germanischen Erbrechts in seiner formalen Gestaltung läßt sich nicht in Abrede stellen, diese Verschiedenheit entspringt aber nicht aus einem verschiedenen Rechtsgrund der Erbfolge, sondern ist die Folge davon, daß das uns bekannte älteste römische Recht die Familie in einer anderen Stufe der Entwickelung aufgefaßt hat, als das älteste germanische und daß ferner in dem ältesten römischen Recht das Obligationenrecht schon eine höhere Ausbildung hatte, als im alten germanischen Recht.

Oben (S. 184) ist darauf aufmerksam gemacht worden, wie die Familie als engste und natürlichste Verbindung ursprünglich die gesammte Persönlichkeit umfaßt und ihre Verhältnisse alle in ihrer Mitte regelt, ohne daß nach außen hin eine Verschiedenheit zwischen der engeren und der weiteren Familie hervortritt und auch nach innen mag sich dieser Unterschied noch keineswegs prägnant darstellen. Die Sachen, welche der Einzelne inne hat, werden ihm von der Gesammtheit der Familie geschützt, ja sie sind vielleicht noch gar nicht von dem Einzelnen ausschließlich besessen, sondern von der Familie als Ganzem, wenigstens mag dieß von den Immobilien, Heerden u. s. w. gelten; wenn aber auch schon der Besitz des Einzelnen anerkannt ist, so ist er doch nur von der Familie anerkannt, welche ihn gegen Fremde schützt und vertritt; sie erscheint mithin nach außen als Rechtssubject und es bleiben daher nicht nur, wenn der Besitzer stirbt, die von ihm besessenen Sachen innerhalb der Familie, sondern der Besitzer kann dieselben gar nicht nach außen veräußern [1]. Der Staat in seiner fortschreitenden Entwickelung übt begriffsmäßig eine zerstörende Einwirkung auf die Familienverbin-

1) Dasselbe gilt später noch für den Staatsbürger, welcher durch den Staat nach außen hin in seinem Besitz geschützt wird, deßwegen aber auch nicht nach außen hin veräußern und vererben kann.

dung, ja man kann vielleicht gerade in diese Einwirkung seine innere Entwickelung setzen. Der durch die Familie gewährte Schutz geht auf den Staat über und dieser übernimmt allmälig die Realisirung einer immer größeren Anzahl ursprünglich durch die Familie realisirter sittlicher Normen, es bildet sich eine größere Anzahl von Rechten der Einzelnen aus.

Die Art der staatlichen Einwirkung auf die Familie ist nun bei verschiedenen Völkern eine verschiedene, hier tritt sie früher und energischer, dort später und allmäliger auf. Verschieden zeigt sich auch diese Einwirkung in den ältesten römischen und den ältesten germanischen Zeiten.

Rom hat schon in den Zeiten, aus welchen uns einigermaßen sichere Kunde geworden ist, die Periode des Geschlechterstaats überwunden, wenigstens in rechtlicher Beziehung, wenn auch noch nicht in socialer und religiöser. Dieß zeigt aber gerade, daß die Geschlechter nicht aus inneren Gründen ihre umfassende Bedeutung verloren haben, sondern daß sie der kräftig sich entwickelnden Staatsidee erlegen sind. Den vorhandenen Geschlechtern wird ihre rechtliche Bedeutung entzogen, dazu kommt, daß ein großer Theil der allmälig als vollberechtigt anerkannten Bürger in einer Gentilverbindung nicht gestanden hatten, wenigstens nicht als vollberechtigte Mitglieder und daß in der Zeit, in welcher sie ihre staatliche Berechtigung erhielten, die Entstehung einer weiteren Familienverbindung mit umfassenden Rechten nicht mehr möglich war. Die Römer waren aber trotzdem weit entfernt, der sittlichen Zusammengehörigkeit durch gemeinsame Abstammung principiell jede Anerkennung zu versagen, auf die öffentlich rechtliche Stellung des Einzelnen hatte dieselbe zwar keinen Einfluß, aber in privatrechtlicher Beziehung war sie anerkannt. In eminenter Weise war dieß in Betreff der Familie im engeren Sinn der Fall. Die Gesammtheit derjenigen Personen,

welche durch einen lebenden gemeinsamen Stammvater resp. Ehemann zusammengehalten war, bildete in privatrechtlicher Beziehung ein absolut geschlossenes Ganze [2]). Diese prägnante Fassung konnte aber die Familie nur dadurch erreichen, daß der römische Staat der weiteren Familienverbindung nicht etwa nur allmälig einzelne Rechte entzog, wodurch diese geschwächt wurde und eine weitere Entziehung von Rechten möglich und gerechtfertigt schien, so daß in dieser fortwährenden Wechselwirkung von abnehmender Kraft und zersetzender Einwirkung des Staats die Familie sich allmälig rechtlich und sittlich lockerte [3]), sondern daß in einer Zeit, in welcher die Idee der Familiengemeinschaft noch in völliger Stärke lebte, die volle rechtliche Realisirung derselben in weiterem Kreise aufgehoben resp. (bei den Plebejern [4]) oder doch der Mehrzahl derselben) unmöglich gemacht wurde. So blieb denn als Feld, auf welchem diese Realisirung möglich war, nur die engere Familie übrig, und da diese ihrer Natur nach (namentlich wegen ihres geringen Umfangs) nicht als antistaatliche Verbindung erscheinen konnte, der Staat aber auch noch keineswegs dahin gelangt war, als seine Aufgabe die Realisirung einer möglichst großen Anzahl von sittlichen Normen anzusehen, so blieb einerseits die engere Familie in ihrer alten schon innerhalb des Geschlechts innegehabten Competenz bestehen und wurde andererseits von den beschränkenden Einwir-

---

2) S. o. §. 20.

3) Dieß ist der Gang, welcher in Betreff der engeren Familie im späteren Recht stattfindet. S. o. S. 200.

4) Möglicher Weise hat sich deßwegen bei den Plebejern der Begriff der patria potestas schon früher festgestellt, als bei den Patriciern, da bei jenen die engere Familie nicht durch eine weitere Familie beschränkt war und die Clientel schon früher ihre Bedeutung verloren haben mochte, als die Gentilverbindung.

kungen des Geschlechts befreit, so daß sie in ihrer Sphäre ganz an die Stelle des Geschlechts trat, ihre Competenz daher erweitert und fast absolut wurde.

Aber auch die weitere Familie fand eine privatrechtliche Anerkennung. Freilich aber eine schwache und gerade um so schwächere, je stärker die der engeren Familie war. Weit entfernt, die Rechtssubjectivität des Einzelnen in sich aufgehen zu lassen, beschränkte sie dieselbe nicht einmal, wenigstens war dieß in Betreff des Mannes, der sich einer intellectuellen und moralischen Integrität erfreute, der Fall. Nur hinsichtlich der Frauen, Unmündigen, Furiosi und Prodigi übte sie eine beschränkende Wirkung auf die Rechte des Lebenden aus, ihre rechtliche Hauptwirkung bestand in einem Anspruch auf das Vermögen des Verstorbenen.

Wenn nun aber hiernach die engere und die weitere Familie als zwei ganz verschiedene Institute erscheinen, so ist es begreiflich, daß auch die Verhältnisse, welche in Folge des Tods einer Person eintraten, eine verschiedene rechtliche Natur haben, jenachdem diejenigen Personen, für welche sie begründet wurden, mit dem Verstorbenen durch die engere oder durch die weitere Familie verbunden waren. Daher der Gegensatz zwischen dem Erbrecht der Sui auf der einen, der Agnaten und Gentilen auf der andern Seite.

Bei den Germanen zeigt sich weder ein so frühes noch ein so energisches Zurückdrängen der rechtlichen Bedeutung der weiteren Familie. Es bildet sich daher auch nicht der strenge Gegensatz zwischen engerer und weiterer Familie im Vermögensrecht aus. Zwar ist, wie oben (§. 22) ausgeführt wurde, in den uns genauer bekannten Zeiten das rechtliche Verhältniß zwischen den Gliedern der weiteren Familie nach den meisten Richtungen hin nicht von größerer Intensität als bei den

Römern, zwar hat der germanische Vater analoge Machtvollkommenheit und übt diese nicht etwa als Organ der weiteren Familie aus (s. o. §. 20) — aber die ursprüngliche Vermögensgemeinschaft der Familie hat im germanischen Recht noch stärkere Spuren zurückgelassen, als im römischen Recht. Soweit nun daraus Rechtsverhältnisse hervorgegangen sind, ist eine specifische Verschiedenheit zwischen den Gliedern der engeren und weiteren Familie nicht vorhanden und eine Verschiedenheit findet sich namentlich nicht auf dem Gebiete des Erbrechts. Da aber die demgemäß entstandenen Rechtsverhältnisse sowol für die Glieder der engeren als die der weiteren Familie gleichmäßig begründet sind, so konnte nach dieser Richtung hin eine specifische Verschiedenheit zwischen der engeren und der weiteren Familie sich nicht bilden, und da diese Rechtsverhältnisse namentlich ihre Wirkung hinsichtlich des Vermögens eines Verstorbenen äußern, so mußte das Erbrecht der Glieder der engeren und das der Glieder der weiteren Familie eine gleichmäßige rechtliche Auffassung erfahren.

Versuchen wir nun, durch eine Entwickelung der Hauptgrundsätze des alten römischen und des germanischen Erbrechts aus der verschiedenen staatlichen Anerkennung der Familienverbindung den Beweis zu führen, daß die Verschiedenheit dieser Grundsätze derselben eben nur auf dieser verschiedenen Stellung des Staats zu der Familiengemeinschaft beruht [5]).

Altes römisches Erbrecht. — Die Art, wie die Römer das Verhältniß des Vaters zum Familienvermögen recht-

---

5) In der folgenden Darstellung ist auf diejenigen Puncte besonders eingegangen worden, auf welche der Verf. in seiner Argumentation Gewicht legt.

lich construiren, ist, wie oben (S. 194) bemerkt wurde, als der sittlichen Auffassung am meisten entsprechend, innerlich gerechtfertigt. Wem die Sitte die Disposition über das Familienvermögen gewährte, der mußte nach außen hin als Subject desselben erscheinen, eine Anerkennung irgend einer rechtlichen Gemeinschaft der Familienglieder hinsichtlich des Vermögens wäre mit der Auffassung der engeren Familie als eines Ganzen, um dessen Inneres das Recht sich in keiner Weise bekümmert, nicht verträglich gewesen. Trotzdem sind sämmtliche Familienglieder im thatsächlichen Genuß des Familienvermögens, sie erscheinen daher thatsächlich als Subjecte desselben. Wird nun durch den Tod des Paterfamilias die Familie aufgelöst, so bleibt dieses thatsächliche Verhältniß doch unverändert, die Gesammtheit des Vermögens bleibt thatsächlich bei denjenigen, welche dasselbe jetzt schon inne hatten. Da aber mit dem Wegfall des Vaters zugleich die sittliche Beschränkung der Familienglieder hinsichtlich der Disposition über das Vermögen hinwegfällt, dieselbe auch bei der sittlichen Gleichstellung der Geschwister nicht zu Gunsten eines der Familienglieder eintreten kann [6]), so muß nun auch das Recht nothwendig die einzelnen Familienglieder als Subjecte des Vermögens anerkennen. Das thatsächliche Verhältniß der Kinder zum Vermögen wird als rechtliches anerkannt, sie stehen in einer communio, welche wie jede andere aufgelöst werden kann, und zwar erfolgt diese Auflösung der sittlichen Stellung der Genossen entsprechend so, daß in stirpes getheilt wird. Daher betrachten die Römer die Succession der Familienglieder in das väterliche Vermögen nicht als den Er-

6) Sind für einzelne Familienglieder die Bedingungen der Entstehung einer neuen engeren Familie vorhanden, so entsteht dieselbe mit allen Wirkungen.

werb eines neuen Rechts, welcher als Folge die Thatsache nach sich zieht, aber auch einen rechtlichen Willensact voraussetzt, ohne welchen er daher nicht stattfindet, sondern das Recht tritt mit dem Tod des Vaters ohne Weiteres zur Thatsache und der Erwerb kann nicht nicht gewollt werden. Diese Auffassung liegt auch der Bezeichnung der succedirenden Kinder als sui heredes zu Grunde und diese Bezeichnung wird von den Juristen damit gerechtfertigt, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur [7]). Der Erwerb auch ohne betreffenden Willensact wird damit motivirt, daß statim morte parentis quasi continuatur dominium [8]). In Paulus' [9]) Construction des Rechtsverhältnisses des suus bezeichnet das quasi, quodammodo, videri nicht ein abgeschwächtes rechtliches, sondern das thatsächliche, resp. sittliche Verhältniß, welches als solches von directem Einfluß auf die rechtliche Fassung ist.

Eine nothwendige Folge dieser Auffassung des Rechtsverhältnisses der Kinder ist es, daß dieselben Subjecte nicht nur der Rechte an Sachen, sondern auch der Obligationen werden, als deren Subject rechtlich der Vater, so lang er

---

7) Gajus II §. 157 und danach §. 2 J. de heredum qualitate.

8) §. 3 J. de hereditatibus quae ab intestato.

9) L. 11 D. de liberis et posthumis. In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.

lebte, erschien [10]). Die Universalsuccession war also hier durch die Natur des Verhältnisses selbst gegeben [11]).

Auf das Recht der Sui nach seinem Tod konnte der Familienvater vermöge seiner Rechte als Haupt der Familie unmittelbar nicht einwirken und eine mittelbare Einwirkung war mit großen Schwierigkeiten verbunden. Er mochte über die Vertheilung des Vermögens unter seine Kinder bei Lebzeiten bestimmen, wie er wollte, so erhielten dieselben doch nur Peculiarrechte, deren Bestand an die Existenz der Familie geknüpft waren, mit seinem Tod also aufhörten. Eine Disposition sowol zum Nachtheil als auch zu Gunsten eines Kinds konnte er nur dadurch rechtsbeständig machen, daß er dasselbe aus der Familie verstieß und ihm so viel oder so wenig, als er beabsichtigte, augenblicklich zuwandte, damit aber auch freilich das Successionsrecht den übrigen Kindern und den Agnaten gegenüber brach. Einem Fremden konnte er Vermögen nach seinem Tode nur dadurch zuwenden, daß er ihn künstlich zum suus machte, ihn adoptirte, damit aber auch schon augenblicklich in die Familiengemeinschaft aufnahm und ihn seiner eigenen Familie und Agnation entfremdete.

Um in einer einfacheren Weise die gewünschten Resultate

---

10) Nothwendige Voraussetzung war freilich, daß die Obligation in das Familienvermögen gebracht war. Dieß war der Fall bei allen aus einem direct und unmittelbar auf Erzeugung von Obligationen gerichteten Willensact des Vaters hervorgehenden obligatorischen Rechten und Verpflichtungen, nicht aber bei Delictsobligationen, welche erst durch Litiscontestation activ und passiv in das Familienvermögen gebracht wurden. Weder der Verletzende handelte als Familienvater, noch kam bei dem Verletzten seine Eigenschaft als Familienvater in Betracht; soweit freilich durch die Verletzung das Familienvermögen activ oder passiv betroffen war, ging die Klage auf die Erben über.

11) Ueber die Entwickelung des Begriffs der Universalsuccession in dem agnatischen Erbrecht s. u.

zu erzielen und auch nicht mehr zu erreichen als den beabsichtigten Zweck, war es erforderlich, daß die Möglichkeit der Perpetuirung des Willens des Familienvaters über die Existenz der Familie hinaus gegeben wurde. Diese Möglichkeit gewährte aber das Recht durch das testamentum comitiis calatis, an welches sich das in procinctu anschloß. Der in diesem Testament wirksame Wille ist lediglich der gemäß einem bürgerlichen Rechtssatz perpetuirte Wille des Familienvaters; nur nach dieser Auffassung kann das alte Testamentsrecht genügend erklärt werden.

Der testamentarische Wille wird als Wille des paterfamilias einerseits so weit gültig gefaßt, als die Befugniß des paterfamilias nach Familienrecht geht, andererseits ist er so weit wirksam, als er es innerhalb des bürgerlichen Rechts sein kann.

Betrachten wir zunächst die Wirkung hinsichtlich der Sui. Der Vater konnte bei Lebzeiten ein Kind aus der Familie ausstoßen, und dieses verlor dadurch alle Familienrechte. Dasselbe konnte durch Testament geschehen. Da dieser Act aber erst in dem Augenblick, wo die Familie zerfiel, wirksam wurde, so konnte die Folge nicht die sein, daß der Ausgestoßene sein caput familiae verlor, sondern nur die, daß er aus dem Vermögen ausgestoßen wurde, hingegen Agnat seiner Geschwister und der väterlichen Agnaten blieb. — Der Vater kann bei seinen Lebzeiten den Sohn in Adoption geben, durch Testament vermag er dieß nicht, da ja im Augenblick, wo dieß geschehen soll, die väterliche Gewalt aufhört, aber er kann ihn in dasjenige Verhältniß geben, welches auch bei ihm nach Auflösung des Familienbands inter vivos bleiben konnte — die Tutel, natürlich die Bedingungen dieses Verhältnisses vorausgesetzt. — Der Vater kann seinen Kindern bestimmte Theile des Vermögens zuweisen, dieselben be-

schweren: so wie diese Anordnungen, wenn er sie bei Lebzeiten gemacht hatte, innerhalb des Familienrechts von Geltung gewesen wären, so sind sie es nun in Bezug auf die Consequenzen der aufgelösten Familie. Er macht sie als Vater, also nach den Principien des Familienrechts, um ihren Inhalt bekümmerte sich daher das bürgerliche Recht nicht, aber sie kommen zur Wirksamkeit gerade im Moment, wo die Familie und ihr Recht zerfällt, statt des Peculiarrechts entsteht Eigenthum, dingliches Recht, Obligation. Der bisherige filius familias erwirbt aber dadurch nichts, sondern das Familienvermögen zerfällt nur, statt nach Köpfen oder Stämmen, nach der bestimmten väterlichen lex: der Sohn braucht deßwegen nicht anzutreten, er kann auch nicht ausschlagen, sondern er hat den ihm gebührenden Theil des frühern Familienvermögens als sein Vermögen.

Der paterfamilias konnte aber auch zu Gunsten Anderer, nicht bloß seiner Kinder disponiren. Es geschah dieß dadurch, daß er, soweit er es vermochte, Fremde (d. h. Nichtsui) in die Stellung der Sui brachte. Bei Lebzeiten vermochte er dieß durch feierliche Aufnahme in die Familie. Die Erbeseinsetzung eines Fremden ist der analoge Act mortis causa, soweit der pater adoptans dabei thätig war. Der s. g. [12]) Erbschaftsantritt des sui juris aus eigener Machtvollkommenheit entspricht dem Consens des zu Arrogirenden, der Antritt des alieni juris jussu patris der in adoptionem datio des

---

12) Mit Danz, Lehrb. d. Gesch. des röm. Rechts, §. 144, nehme ich die cretio als die nothwendige feierliche Erklärung des comitiis calatis Instituirten. Wie der Erblasser coram populo erklärte, daß er den Instituirten zum quasi suus (d. h. mit Wirkungen der Suität nach seinem, des Erblassers, Tod) machen wolle, so erklärte der Instituirte durch die cretio, daß er quasi suus sein wolle. Durch das Vorhandensein beider Acte entsteht nun das beabsichtigte Rechtsverhältniß.

pater naturalis. Ganz aus denselben Gründen, aus welchen der enterbte Suus sein caput familiae nicht verlor, sondern nur vom Vermögen ausgeschlossen war, erwarb der eingesetzte Nichtsuus aber auch die Familie des Erblassers nicht total, sondern nur nach ihrer vermögensrechtlichen Seite und behielt sein caput familiae, er wurde nicht Agnat der Agnaten des Erblassers und blieb Agnat seiner Agnaten.

Ich lege zur Begründung des Satzes, daß das Testament lediglich auf der Perpetuirung des nach Familienrecht wirksamen Willens des Familienvaters beruhe und daher die Erbeinsetzung des Nichtsuus ein Analogon der Adoption sei, geringes Gewicht auf die von Gans[13]) angeführten Gründe, wie ich auch keineswegs behaupte, daß ursprünglich der Erbe wirklich adoptirt worden sei, sondern stütze mich auf einige bekannte Rechtssätze, die mir nur so eine genügende Erklärung erfahren zu können scheinen.

Der eingesetzte Suus hat durch die Einsetzung keineswegs eine andere Stellung erlangt, er ist und bleibt Suus, einerlei, ob er allein oder mit Fremden eingesetzt ist. Er braucht nicht anzutreten, ja er kann es nicht einmal. Weiter schließt die Einsetzung eines Erben (eines Fremden oder eines Suus) die nicht eingesetzten (präterirten) Sui nicht von der familia aus, sondern beide succediren neben einander, nach Testamentsrecht, wie man sagt, nun ja, nach besonders geregeltem Suitätsrecht. Dieß gilt freilich nur für die Nichtsöhne, aber auch die Ungültigkeit des Testaments, wenn ein

13) Das römische Erbrecht B. 2 S. 37 ff. Die S. 66 unter C. gegen den Einwurf, daß, wenn das testamentum calatis comitiis eine adoptio begründe, auch väterliche Gewalt entstehen müsse, vorgebrachte Behauptung, daß, „da die väterliche Gewalt selbst in der Willkür der Gewalt sei, auch an eine Entäußerung derselben abseiten des adoptirenden Vaters gedacht werden könne", ist nach dem oben (§. 20) entwickelten Wesen der väterlichen Gewalt unhaltbar.

Sohn präterirt ist, spricht gerade für die aufgestellte Ansicht. Daß dieser Rechtssatz, sowie die Nothwendigkeit der namentlichen Enterbung des Sohns auf einer bevorzugten Stellung des Sohnes beruht, ist zweifellos, ebenso daß beide Sätze einen innern Zusammenhang haben. Ich ziehe nun der mystischen Erklärung Huschke's [14]) eine einfachere vor. Der Sohn ist der Träger und Fortsetzer des väterlichen Namens und der Sacra, er bleibt auch nach Auflösung der Familie durch den Tod des Vaters noch die factische Stütze der Familienglieder. Dieß tritt rechtlich in der Tutel über die weiblichen und die unmündigen männlichen Geschwister und Neffen hervor. Ist ein Sohn vorhanden, so erscheint die Adoption oder Institution eines Fremden neben ihm unmotivirt, und ich trage kaum Bedenken, in diesem Fall beide Acte im ältesten Familienrecht für nicht anerkannt zu halten [15]). Erwies sich der Sohn in concreto nicht als tauglicher Erbe, so mußte er, bevor ein Fremder adoptirt oder eingesetzt werden konnte, erst emancipirt oder exheredirt werden. Waren jedoch nur Töchter oder Enkel [16]) vorhanden, so konnte die Adoption oder Institution eines Fremden neben ihnen motivirt erscheinen.

---

14) Rhein. Mus. B. VI S. 310.

15) In der Adoption zeigt sich dieß noch in der späteren Rechtsbildung, wenn auch hier der veränderten Anschauung zu Folge die Rücksicht auf den Sohn als Rücksicht auf die Kinder im Allgemeinen vorkömmt. Man vergleiche auch die Worte des Gajus (II §. 123) impedimento filium esse scriptis heredibus und Ulpian's (XXII §. 16) non patitur valere testamentum.

16) Die Enkel waren regelmäßig, jedenfalls viel häufiger als die Söhne, nicht in dem Alter, in welchem sie den Familiengliedern eine Stütze sein konnten. Vielleicht auch war ursprünglich die Adoption oder Institution eines Fremden neben jedem männlichen Suus unstatthaft, und erst eine spätere Interpretation beschränkte diesen für den „filius“, d. i. männlichen Suus, formulirten Satz auf den filius, d. i. Sohn, nicht Enkel.

Mit dem späteren Zurücktreten der vorzüglicheren Bedeutung des männlichen Geschlechts, deren Tragweite wir nur ahnen können, muß sich die totale Ausschließung des extraneus durch den filius verloren haben. Das erstere Moment hatte aber noch immer die Bedeutung, daß der Wille, daß der extraneus neben dem filius stehen solle, ausdrücklich ausgesprochen werden mußte. Dieß konnte nur dadurch geschehen, daß der Testator auch den Sohn zum Erben ernannte. Präterirte er ihn, so war das Testament ein nichtiges. Dem Erforderniß der namentlichen Einsetzung entsprach aber das der namentlichen Enterbung, daher auch dieß für den Sohn aufgestellt wurde. So fixirte sich der Satz so, der filius familias müsse entweder namentlich exheredirt oder instituirt werden und er wurde auch auf die Fälle angewandt, wo mit Präterition eines filiusfamilias ein anderer Suus eingesetzt wurde.

Einen ferneren Beleg bietet der Satz: nemo pro parte etc. Stellt man die testamentarische Erbfolge der Intestaterbfolge gegenüber, so daß man unter dieser auch die Succession der Sui begreift, so ist der Satz in seiner Unbedingtheit unhaltbar. Die Theilnahme der präterirten Sui an der Erbschaft beruht nicht auf dem Testament, denn sie sind nicht instituirt, eine tacita institutio ist ein Unding und das s. g. Accresciren derselben ist nichts als ein Wort für einen unklaren Begriff, ebenso wie das „quasi scripta heres" nichts erklärt. Die sua praeterita succedirt als Sua neben ihren instituirten Geschwistern und Fremden. Die Erbeinsetzungen sind nur für einen Theil der Erbschaft wirksam [17]). Ist der

---

17) Denkt man sich, daß der Testator, der drei sui hinterläßt, nur zwei instituirt und zwar auf $^2/_3$ der Erbschaft, die dritte sua präterirt, oder daß der eine sua hinterlassende zwei Fremde jeden zu $^1/_4$ instituirt, so würde hier der Satz auch in seiner formellen Bedeutung nicht Platz greifen, die partielle Testation ist wirksam.

mit Präterition des Sohns ernannte Erbe auf die Hälfte eingesetzt, so ist das Testament aus anderen Gründen ungültig. Wäre der Sohn für die andere Hälfte exheredirt, so wäre die Exheredation ungültig, nicht vermöge einer benigna interpretatio, sondern weil eine Exheredation, der der Emancipation analoge Act, schlechterdings nicht als theilweise denkbar ist; während, da der testirende Vater das Suitätsrecht des Sohns auf das Ganze der Erbschaft durch andere Dispositionen beschränken kann, auch eine Institution auf einen Theil denkbar ist. Eine solche Institution gewährt die analogen Suitätsrechte, die Beschränkung der Wirksamkeit derselben tritt ein, wenn der Testator die beschränkenden anderweiten Verfügungen vorgenommen hat. Der Satz nemo pro parte etc. findet daher nur Anwendung, wenn ohne Vorhandensein des Testaments Agnaten zur Succession berufen wären und er heißt daher lediglich: sowie niemand zugleich nach natürlichem Suitätsrecht und von Agnaten beerbt werden kann, so ist auch die agnatische Erbfolge neben der künstlichen Suitätsfolge nicht möglich [18]). —

Ist kein Suus oder testamentarischer Quasisuus vorhanden, so beruft das alte Civilrecht den nächsten Agnaten.

Das agnatische Erbrecht beruht auf dem Bewußtsein der Zusammengehörigkeit der weiteren Familie. Wie dieses Bewußtsein da, wo ihm Schranken nicht im Weg stehen und das Bedürfniß, einer schützenden Gesammtheit anzugehören, nicht auf anderem Weg befriedigt ist, zu einer Vereinigung führt,

---

Wollte man so construiren, die pro parte Instituirten erwerben formell das Ganze, werden aber in diesem durch das Accresciren der Tochter beschränkt, so erschiene diese Construction jedenfalls als unnöthig künstlich.

18) Das testamentum per aes et libram wird in §. 38 besprochen werden.

welche entweder das Privatvermögen ganz ausschließt oder Rechte des Vereins oder einzelner Genossen an dem Vermögen des Genossen begründet, durch welche die Verfügung über das Vermögen gehemmt ist, so führt es da, wo es sich, wie in Rom schon früh der Fall war, nicht energisch entwickeln kann, wenigstens dazu, Rechte in Bezug auf das Vermögen des Verwandten dann anzuerkennen, wenn dieser selbst als Rechtssubject untergegangen ist, ohne wirkliche Sui oder Quasi-sui zu haben. Nach der einen Seite hin (bei den alten Geschlechtern) kann das agnatische und gentilitische Erbrecht als letzter Ueberrest der ursprünglich weiter gehenden Rechte der weitern Familie aufgefaßt werden, während nach der andern Seite hin (bei den neu hinzugekommenen Plebejern) das agnatische Erbrecht als einzig mögliche Manifestation der Ueberzeugung der Zusammengehörigkeit, welche über diese schwachen Anfänge nicht hinaus kann, erscheint [19]).

Die weitere Familie ist kein organisches Ganze, sie kann daher nicht als Ganzes berufen sein, sondern nur einzelne Glieder derselben können berufen werden. Welches sind nun aber diese Glieder? In der engeren Familie findet sich eine absolute und darum für alle Glieder gleiche Zusammengehörigkeit, darum ist auch bei dem Tod des Vaters ein Recht aller Glieder (einzelner Personen oder neu sich bildender engerer Familien) an dem Familienvermögen vorhanden, dieses zerfällt unter alle bisherigen Familienglieder, der Sohn schließt den Enkel des vorverstorbenen Sohns nicht aus. In der weiteren Familie dagegen ist das Zusammengehörigkeitsbewußtsein nicht gleichmäßig stark, daher kann auch die rechtliche Wirkung dieses Bewußtseins nicht die sein, daß die Erbschaft allen Gliedern der weiteren Familie zufällt, sondern

19) S. o. S. 516 N. 4.

nur denjenigen, in welchen sich die Zusammengehörigkeit mit dem Verstorbenen am Evidentesten zeigt, den nächsten. Erst dann, wenn Niemand vorhanden ist, welcher die genaue Verwandtschaftsbeziehung zu dem Verstorbenen nachweisen kann, werden alle diejenigen berufen, welche überhaupt eine gemeinsame Abstammung mit ihm haben, und sie succediren entweder als Einzelne oder in ihrer Gesammtheit, als Gens [20]).

Wo der Begriff der engeren Familie in solcher Stärke gefaßt ist, wie im römischen Recht, kann derselbe aber auch nicht ohne Einfluß auf die Fassung des Begriffs der weiteren Familie sein. Diese umfaßt daher nicht Alle, welche von demselben Stammvater abstammen, aber auch nicht allein diese. Diejenigen, welche aus der engeren Familie, in welcher sie standen, ausgestoßen wurden und diejenigen, welche als sui juris in eine fremde Familie eingetreten waren, sammt ihren Descendenten gehören der rechtlich anerkannten weiteren Familie nicht an; hingegen treten auch die nicht Verwandten, welche in die engere Familie eines berechtigten Gliedes aufgenommen waren, damit in die weitere Familie ein. — Berechtigt zur Erbfolge ist hiernach der proximus agnatus.

Fragen wir nun nach der Natur des agnatischen Rechts, so ist klar, daß es weder als eine Fortsetzung resp. Erweiterung eines schon bestehenden rechtlichen Zustandes, noch als die rechtliche Anerkennung eines schon bestehenden thatsächlichen Zustands erscheinen konnte. Es konnte nur als ein bei dem Tode des Erblassers neu entstehendes und darum Dritten gegenüber begründetes Recht aufgefaßt werden — als ein Recht in Bezug auf die Hinterlassenschaft. Welche Construction konnte und mußte nun diesem Recht gegeben werden?

---

20) Das Erbrecht der Gentilen interessirt uns hier nicht weiter, weil es hinsichtlich der rechtlichen Formulirung dem der Agnaten ganz gleich steht.

Es hängt dieß wesentlich davon ab, was als das Object erscheint, in Bezug auf welches dieses Recht begründet ist.

Einer höheren Auffassung erscheint eine Verbindung aller einer Person zustehenden Vermögensrechte zu einem Ganzen als ein logisches Postulat und kein ausgebildetes Recht kann dieselbe ignoriren. Doch kann man zu einer begrifflichen Verbindung erst durch eine Abstraction gelangen, welche als solche eine höhere Ausbildung voraussetzt, von dem Volk aber auch nicht eher vorgenommen wird, als bis die bei der Abstraction der verschiedenen Eigenschaften der einzelnen Rechte übrig bleibende gemeinsame und darum eine Zusammenfassung möglich machende Eigenschaft derselben deutlich erkannt und prägnanter hervorgetreten ist, als die verschiedenen Eigenschaften [21]). Die gemeinsame die verschiedenen Rechte zum Vermögen vereinigende Eigenschaft ist der Werth. Durch die Berücksichtigung des Werths hört nicht nur die qualitative Verschiedenheit der Sachen auf und das Eigenthum an verschiedenen Sachen wird zum lediglich quantitativ verschiedenen Recht, sondern auch die Rechte an fremden Sachen und die Forderungen werden unter einander und mit dem Eigenthum vergleichbar und erscheinen ebenfalls nur quantitativ verschieden, so daß die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse, deren Subject eine einzelne Person ist, als ein Gesammtwerth gefaßt werden kann und, wo ein (sittliches) Bedürfniß vorliegt, (rechtlich) so gefaßt wird.

---

21) Ob diese Abstraction mit klarem Bewußtsein von der Wissenschaft vorgenommen wird, oder sich nur in der Schaffung von Rechtssätzen zeigt, welche als aus einem „ächt praktischen Tact" hervorgegangen erscheinen (Savigny, System B. I S. 383 N. b.), ist gleichgültig; die Abstraction ist auch in dem letzteren Fall vorhanden, und gerade für diesen Fall ist die Prägnanz des Hervortretens der gemeinsamen Eigenschaft noch weit nothwendiger.

Der Begriff des Werths kann sich aber erst bilden und in den Vordergrund treten, wenn häufig eine Sache gegen die andere hingegeben, namentlich aber eine bestimmte Art von Sachen die Bestimmung erhält, als Tauschobject zu dienen und dadurch allgemeiner Werthmesser wird, wenn ferner auch als Object der Obligation wenigstens nach ihrer definitiven rechtlichen Realisirung ein Werth erkannt wird.

Da man nun mit Sicherheit behaupten kann, daß bei jedem Volk in einer bestimmten Zeit die Werthsnatur der Rechte nicht oder wenigstens nicht allgemein erkannt worden ist, so ist damit auch die Unmöglichkeit einer ursprünglichen Anerkennung der abstracten Einheit des Vermögens gegeben und auch den Römern muß dieselbe ursprünglich unbekannt gewesen sein. Für die Stellung der Sui und der testamentarischen Erben zur Hinterlassenschaft des Vaters und Testators ist es gleichgültig, ob die zu derselben gehörenden Rechte als ein Ganzes aufgefaßt werden oder nicht, da auch in der späteren Zeit das Recht derselben gar nicht als auf dem Erwerb des Vermögens als abstract gefaßter Einheit beruhend construirt zu werden braucht. Sie wurden eben als Sui resp. Quasisui mit dem Tod des Familienvaters in ihrer Eigenschaft als Subjecte der einzelnen Rechte und Verpflichtungen, als deren Subject der Letztere bis dahin galt, rechtlich anerkannt. Für das agnatische Recht ist jedoch der Mangel einer Zusammenfassung der verschiedenen Rechte und Verpflichtungen des Erblassers von Wichtigkeit.

Leider (aber freilich begreiflicher Weise) ist uns aus dieser Zeit keine Nachricht über das Erbrecht der Agnaten erhalten, doch müssen wir nach dem Ausgeführten nothwendig annehmen, daß der Agnat in dieser Zeit nur in die Sachenrechte des Erblassers succediren konnte. Ein selbstständiger Uebergang der Obligation auf einen Nichtsuus ist der Natur dieser

Rechtsverhältnisse nach undenkbar [22]). Wie die Erwerbung der Sachen durch die Agnaten stattgefunden habe, muß völlig dahin gestellt bleiben, da wir nicht wissen, wie weit damals die noch engere Verbindung der weiteren Familie hierauf influirt hat und vielleicht der Uebergang als ipso jure erfolgend erschien, so daß die aditio überhaupt unnöthig war oder nur als Besitzergreifung gefaßt wurde. Dadurch, daß nur Sachen übergingen, es also immer im Interesse des Agnaten lag, Erbe zu werden, hatte auch die rechtliche Feststellung dieses Punctes nur eine geringe practische Wichtigkeit.

Schon zur Zeit der XII Tafeln ist der Agnat Universalsuccessor. Der Uebergang aus dem alten in den neuen Rechtszustand mochte durch die Sitte vorbereitet sein. Es mochte für unanständig gelten, daß der Agnat, welcher diejenigen Sachen erhielt, aus welchen der Gläubiger des Erblassers Befriedigung erwartet hatte, nicht auch die Verpflichtung übernahm, und daß umgekehrt der Schuldner des Erblassers aus dem Tod des Gläubigers Vortheil zog. Es mochte daher vorkommen, daß durch einen neuen Willensact eine neue Obligation mit dem Inhalt der rechtlich untergegangenen zwischen dem Erben und den Dritten entstand. So lange der obligatorische Verkehr gering bleibt, fehlt die Veranlassung, den Sittensatz zum Rechtssatz zu erheben; erst mit dem Eintritt eines regeren Verkehrs tritt das Bedürfniß dazu auf. Diese Thatsache gewährt aber auch die Veranlassung, die Sachen und Rechte von ihrer Werthseite aufzufassen und so den Begriff des Vermögens aufzustellen. Den Agnaten, welcher bisher nur Rechte hatte, ipso jure zu verpflichten,

22) Das älteste Recht kann auch die Obligation nicht etwa anders gefaßt haben, da, je weiter wir zurückgehen, die enge Verknüpfung derselben mit dem bestimmten Subject um so prägnanter hervortritt.

war unmöglich, das Recht konnte ihn nur bedingungsweise verpflichten (wie ja auch seine sittliche Verpflichtung nur eine bedingungsweise war) dadurch, daß die Obligationen bei dem Tod des Subjects derselben als mit seinen Sachen zu einem Ganzen verbunden erklärt wurden. Nun wurde es aber auch nothwendig, das Recht des Agnaten hinsichtlich der Erbschaft rechtlich zu formuliren und diese Formulirung konnte nur so stattfinden, daß man es als ein Recht auffaßte, die Erbschaft vorzugsweise mit Ausschließung Dritter zu erwerben. Den Agnaten fällt also die Erbschaft nicht ipso jure zu, sondern es bedarf eines Willensactes zu ihrer Erwerbung.

Hiernach ist dieß Recht dem Recht des im Testament instituirten Fremden äußerlich ähnlich und es wird deßwegen auch von einer Delation der Erbschaft an den Agnaten, sowie an den instituirten Fremden gesprochen, und doch sind die Rechte beider wesentlich von einander verschieden und die Delation und Adition hat eine verschiedene rechtliche Bedeutung, jenachdem sie an den Agnaten oder an den Testamentserben, resp. von einem oder dem andern erfolgt. Durch die Testamentserrichtung ist zu einem Geschäft, welches nothwendig nur durch die zusammenkommenden Willensacte zweier Personen zu Stande kommen kann, nur der Eine Wille erklärt, es ist also noch gar kein Rechtsverhältniß entstanden, sondern nur die Möglichkeit zur Entstehung eines solchen gewährt, und diese Möglichkeit selbst ist (anders als bei einem Vertrag) durch die mit dem Tod des Testators eintretende Unwiderrufbarkeit und fortdauernde Wirksamkeit der testamentarischen Erklärung gegeben. Erklärt der Instituirte nun seinen Willen (in der formell gültigen Weise), so ist das Rechtsverhältniß entstanden, der Instituirte wird zum Quasisuus und als rechtliche von seinem Willen unabhängige Folge tritt der Erb-

schaftserwerb ipso jure ein [23]). Beim Agnaten hingegen existirt das Rechtsverhältniß eben schon durch die Thatsache der Agnation, und in Folge dieses Rechtsverhältnisses hat er die Fähigkeit, die Erbschaft zu erwerben. Dem Instituirten wird gleichsam das Erbrecht, dem Agnaten die Erbschaft deferirt. Diese Unterscheidung mag auf den ersten Blick kleinlich erscheinen, doch beruhen auf ihr mehrere wichtige Rechtssätze, welche nur durch sie genügende Erklärung finden.

Schlägt der Testamentserbe aus oder stirbt er, ehe er sich über die Antretung erklärt hat, so tritt der Agnat als Berechtigter auf [24]); schlägt jedoch der Agnat aus oder erklärt

23) Obgleich in dem in §. 38 zu besprechenden testamentum per aes et libram die Berufung eines Quasisuus nicht mehr evident hervortritt, so paßt doch das hier für das testamenlum comitiis calatis Entwickelte auch ganz auf jenes, da durch dasselbe ebenfalls erst, wenn der Consens des Erben zu dem des Erblassers hinzutritt, ein Rechtsverhältniß entsteht.

24) Man hat dieß für das ältere Recht nicht anerkennen wollen und behauptet, „es habe Anfangs auch keine successio von der testamentarischen auf die Intestaterbfolge gegeben" (Leist, Bonorum possessio B. I S. 116). Es beruht dieß aber auf der irrigen Identificirung der Delation an den Intestat- und der an den Testamentserben (ebendas. S. 113). Das testamentum destitutum ist eben wegen der Nothwendigkeit der Concurrenz zweier Willen zur Begründung eines Erbrechts des instituirten Fremden und folgeweise der Aufhebung der Möglichkeit des Eintritts der Intestaterbfolge ein rechtlich wirkungsloser Act. Der in einem solchen Testament exheredirte Suus ist mithin nicht exheredirt und hat die Erbschaft, sowie die Destituirung sicher ist, und der Agnat erwirbt ebenso in demselben Moment ipso jure sein Erbrecht. — Daß der Satz: tempus spectandum est, quo certum est, aliquem intestatum decessisse, nicht den XII Tafeln angehört (ebendas. S. 119), glaube auch ich. Daraus folgt aber noch nicht, daß er dem Geist derselben zuwider gewesen und gegen ihn später eingeführt worden sei. Zur Zeit der XII Tafeln mochte eben ein Testament nicht leicht destitut werden, so daß nicht die Nothwendigkeit vorlag, einem etwaigen Zweifel, was intestato mori bedeute, vorzubeugen. Der angeführte Satz hat aber

er sich nicht, so kann ein anderer Agnat oder Gentile nicht als Erbe auftreten. Im ersteren Fall ist, da das von dem Testator beabsichtigte Rechtsverhältniß nicht entstanden ist, gar nichts geschehen, ein Quasisuus ist nicht vorhanden und war beim Tod des Erblassers nicht vorhanden, die Bedingungen der Entstehung des agnatischen Erbrechts sind daher gegeben. Ist aber das Recht des Agnaten einmal entstanden, so ist dadurch wie bei jedem andern Recht die Unmöglichkeit begründet, daß es als ein anderes entstehen kann; ob der Agnat von diesem Recht Gebrauch macht oder nicht, ist wie bei jedem anderen Recht gleichgültig. Die Ausschließung der successio graduum et ordinum geht also aus der Natur des agnatischen Rechts hervor und beruht nicht nur auf einer Wortinterpretation der XII Tafeln [25].

---

auch gar nicht den Zweck, die fragliche Succession festzustellen, er soll vielmehr nur die Frage entscheiden, welcher Agnat im Fall eines testamentum destitutum succediren solle; daß ein Agnat succedire, setzt er voraus und wegen dieser Voraussetzung ist er uns wichtig. Der Vorwurf, daß er zu wenig sage (Leist S. 117), trifft daher der Satz nicht. Ebensowenig aber auch der, daß er zu viel sage, denn daß „ein testamentum destitutum so angesehen werden solle, als wenn gar kein Testament errichtet worden sei", geht aus der Voraussetzung, auf welcher der Satz ruht, nicht hervor; in dieser liegt nur, was schon aus der Natur des Verhältnisses hervorgeht, daß das destitute Testament nicht diejenigen Wirkungen hervorbringt, welche erst durch die Concurrenz des Willens des Instituirten entstehen können. Soweit jedoch der einseitige Wille des Testators wirksam ist, bleibt er es, auch wenn das Testament destitut wird: er vernichtet das Product einer früheren solennen Willenserklärung in solenner Weise (das frühere Testament bleibt definitiv rumpirt, was auch das Schicksal des späteren Testaments sein mag) und er suspendirt den Eintritt der Intestaterbfolge.

25) Von dem Ausschluß einer successio graduum et ordinum kann nur mit Bezugnahme auf die spätere Einführung einer solchen gesprochen werden, das alte Recht kennt gar nicht die Möglichkeit einer successio; so wie diese erkannt wird, realisirt sie sich auch rechtlich.

Die Errichtung eines Testaments und die dadurch geschaffene Möglichkeit, daß ein Quasisuus zur Succession komme, hindert die Entstehung des agnatischen Rechts. Dieses entsteht erst im Moment, wo diese Möglichkeit vernichtet ist, wo es also durch Ausschlagung oder Tod des Instituirten (resp. Ablauf der Cretionsfrist) sicher ist, daß eine testamentarische Erbfolge nicht eintrete. Dasselbe ist der Fall, so lange der Eintritt einer wirklichen Suitätsfolge zweifelhaft ist, wenn z. B. der Erblasser eine schwangere Wittwe oder einen Suus in fremder Gefangenschaft hinterlassen hat [26]). Derjenige Agnat ist berufen, welcher zur Zeit quo certum est aliquem intestato decessisse der nächste ist [27]).

Der Instituirte kann sein Recht nicht an einen Dritten übertragen, denn es ist nicht ein Moment vorhanden, in welchem er in einer rechtlichen Beziehung zu der Erbschaft als Einer Vermögensmasse steht. Vor dem Antritt ist ihm nur die Möglichkeit eröffnet, in ein Rechtsverhältniß zu treten, in Folge dessen er die Erbschaft erwirbt; ist aber durch die Antretung das Rechtsverhältniß begründet, so ist ihm auch ipso jure die Erbschaft zugefallen, sie steht ihm also nicht mehr als Eine zusammengehörige Masse gegenüber, welche als solche veräußert werden könnte. Anders beim Agnaten. Ipso jure ist dessen Rechtsverhältniß begründet, die Erbschaft steht ihm aber trotzdem als ein zusammengehöriges Ganze gegenüber. Ueber die Erbschaft kann er zwar nicht verfügen, weil er dieselbe noch nicht in bonis hat [28]), aber sein Recht in Bezug

---

im successorium edictum. Den XII Tafeln kann der Satz: in legitimis hereditatibus successio non est, schon seiner Form nach nicht angehört haben, und eine imperative Fassung desselben (esto statt est) würde zum Inhalt nicht passen.

26) Ulp. XXVI §. 3.

27) S. o N. 24.

28) Dieß ist der Grund, warum er das Recht nicht vererbt.

auf dieselbe kann er übertragen, kann sich daher aber auch nicht der Mancipation [29]) bedienen, sondern nur der in jure cessio, durch welche dergleichen Rechte, wie z. B. die Tutel, übertragen werden [30]).

Aus diesen Sätzen geht nicht nur die Verschiedenheit des Rechts des Instituirten und des Agnaten auf das Deutlichste hervor, so daß die Annahme des Verfs., daß das letztere dem ersteren nachgebildet sei, in sich zerfällt, sondern dieselben belegen auch die Richtigkeit der oben gegebenen Darstellung der Natur beider Rechte.

Altes germanisches Erbrecht. — Die weitere Familie wurde, wie oben (S. 517) bemerkt, in den uns bekannten ältesten Zeiten bei den Germanen in größerer Stärke anerkannt, als bei den Römern. Wie aber in Rom die geringe Anerkennung der weiteren Familie zu der energischen Fassung des Begriffs der engeren Familie geführt hatte, so bildete sich umgekehrt aus der entgegengesetzten Ursache dieser Begriff bei den Germanen nicht in der Prägnanz wie bei den Römern aus. Hatte der Agnat einen rechtlichen Anspruch in Bezug auf die Immobilien des Agnaten, so konnte ein solcher dem Sohn in Bezug auf die Immobilien des Va-

29) Die Natur der Erbschaft schließt nicht die Möglichkeit aus, daß sie Gegenstand einer Mancipation ist (bei dem testamentum per aes et libram ist sie es ja), sondern die Natur des Rechts hinsichtlich derselben.

30) Die Berufung darauf, daß die testamentarische Erbfolge eine höchst persönliche sei, während zur legitima successio nicht eine bestimmte Person, sondern nur der nächste Agnat berufen sei, erklärt die verschiedene Stellung der beiden Erben nicht. Denn wenn auch das Recht nicht eine bestimmte Person beruft, so beruft es doch nur einen Agnaten, und so müßte man denn nach der angeführten Begründung folgerichtig zu dem Schluß gelangen, daß der berufene Agnat nur einem andern Agnaten die Erbschaft cediren könne.

ters nicht entzogen sein, dieser erschien daher nicht nur als thatsächlicher Mitbesitzer dieser Sachen, sondern auch als berechtigt in Bezug auf dieselben. Die Rechte des Agnaten waren aber auf der andern Seite von solcher Beschaffenheit, daß eine weitere Ausdehnung derselben die Anerkennung des Einzelrechts ausgeschlossen hätte, dem Sohn konnte mithin kein größeres Recht als dem Agnaten zugeschrieben werden. Der Sohn erscheint daher in erbrechtlicher Beziehung als Agnat, resp. im Erbrecht findet ein Unterschied zwischen der weiteren und der engeren Familie nicht statt [31]), und es wird bei den Germanen von dem Begriff der Familie überhaupt ausgegangen. Darum hat aber auch der aus dem väterlichen Mundium getretene Sohn, sobald er nicht verzichtet hat, sein Erbrecht nicht verloren, und darum kann auch der Agnat nicht ausgeschlossen werden durch einen in die engere Familie aufzunehmenden Fremden. Wie in Rom aber kann, da die Periode des Gesammtbesitzes der Familie überwunden ist, nicht die Familie als solche zur Succession gelangen, sondern nur Glieder derselben. Da aber die (weitere) Familie als durch gemeinsame Abstammung entstandenes, nicht als durch die engere Familie vermitteltes Ganze aufgefaßt wird, so werden in ihr auch die einzelnen engeren Kreise, die durch Abstammung von einem gemeinsamen nächsten Ascendenten gegeben sind, rechtlich anerkannt, indem die dem durch den näheren Stammvater gebildeten engeren Kreis angehörenden Glieder die des weiteren Kreises ausschließen — der nächste agnatische Kreis ist der der Descendenten des Erblassers. Daher nicht

31) Die Bezeichnung der Descendenten als „Busen" in Sachsensp. I, 17 §. 1 begründet eine Verschiedenheit der erbrechtlichen Stellung derselben nicht. An andern Orten bezeichnet Busen die Gesammtheit aller Blutsverwandten oder der nächsten. S. Haltaus, Glossar b. d. W.

Berechnung der Gradesnähe wie in Rom, sondern Parentelenordnung. Innerhalb des einzelnen Kreises aber schließt der der Spitze desselben am nächsten Stehende den Entfernteren aus, und daß dieß ursprünglich ebenfalls in dem engsten Kreis gegolten hat, daß also auch in der engeren Familie ein Repräsentationsrecht nicht anerkannt war, ist ein schlagender Beleg für die Richtigkeit der aufgestellten Ansicht von der Gleichstellung des Erbrechts derselben mit dem agnatischen [32].

32) Huschke (Studien des röm. Rechts S. 97) bezeichnet das Intestaterbrecht „als das Zurücktreten der den ausgegangenen Familiengliedern mitgetheilt gewesenen Lebenskraft in die noch lebendig fortblühenden oberen Glieder, angewandt auf das Vermögen, als denjenigen Theil des Rechtslebens des Verstorbenen, welcher allein in rebus humanis zurückbleibt" — „als das Zurückstreben des Vermögens zur übrigen Gattung, aus welcher es sich beim Entstehen herausentwickelt hatte" — und erklärt den Uebergang auf den Nächsten daraus, daß dieser „die nächste Darstellung der Gattung in einem Individuum ist, auf welche das Vermögen stößt". Er geht hierbei mit Recht von dem Begriff der Familie als solcher aus. Wenn aber Danz (Gesch. d. röm. Rechts §. 146), nachdem er diese Begriffsbestimmung für die richtige erklärt hat, dieselbe folgendermaßen weiter zu begründen sucht: „Ueberall würde das Vermögen bei den als Intestaterben auftretenden Personen gewesen sein, wenn der Verstorbene gar nicht vorhanden gewesen wäre" — so hat er, indem er nicht von dem Begriff der Familie, sondern von dem der einzelnen Glieder als selbstständigen Personen ausgeht, sich nicht nur von dem zuerst aufgestellten Princip entfernt, sondern er ist auch von einer irrigen Voraussetzung ausgegangen. Der nach römischer Berechnung nächste Agnat ist keineswegs immer derjenige, welcher ohne die Existenz des Erblassers (resp. dessen Ascendenten) das Vermögen desselben erhalten haben würde. Nach der germanischen Parentelenordnung trifft die Voraussetzung eher zu, indem der Erbe wenigstens immer zu denjenigen Personen gehört, welche in dem angenommenen Fall das Vermögen des Erblassers bekommen haben würden. Unbedingt richtig wäre die Voraussetzung nur für die reine Linealfolge mit unbedingtem Repräsentationsrecht. Der Umstand aber,

Wenden wir uns nun zu der Betrachtung der Natur dieses agnatischen Erbrechts.

Das hauptsächliche Besitzthum ist die Immobilie und wie das altgermanische Recht im Allgemeinen wesentlich nur mit Bezugnahme auf diese ausgebildet ist, so gilt dieß auch namentlich von dem Erbrecht. Zwar wird in den uns bekannten Zeiten schon ein Recht des Einzelnen am Grund und Boden anerkannt und dieses Recht hat auch schon eine solche Ausschließlichkeit erlangt, daß es dem römischen dominium gleich erscheint; der Eigenthümer hat das Recht auf ausschließlichen Genuß der Immobilie und nach außen vertritt er dieselbe allein. Soweit es aber durch dieses Recht nicht als aufgehoben erscheint, wird das Recht der Familie in Betreff der Immobilien als vorhanden betrachtet [33]). Dieß Recht aber stellt sich dar als ein eventuelles Recht des nächsten Agnaten an den Immobilien, d. h. als ein Recht, dessen Bedingungen durch den Status des nächsten Agnaten gegeben sind, dessen Eintritt aber durch die Existenz des Rechts des Eigenthümers eben wegen der Ausschließlichkeit desselben suspendirt ist. Stirbt

---

daß sich eine solche Erbfolgeordnung in einem alten Recht nicht vorfindet (die Anerkennung der Agnation als nothwendiger Voraussetzung des Erbrechts hätte der Ausbildung einer solchen in Rom nicht im Wege gestanden, sie hätte dieselbe eben nur auf Agnaten beschränkt), zeigt auch, daß die Ableitung des Erbrechts aus dem Recht des Einzelnen nicht stichhaltig ist.

33) Dadurch, daß die Immobilie regelmäßig von dem Eigenthümer nicht neu erworben ist, sondern schon von seinen Vorfahren besessen war, mithin die Agnaten selbst oder ihre Vorfahren schon an dem Genuß derselben participirt hatten, tritt auch, wo Einzelrechte anerkannt sind, die Beziehung der Familie zu derselben immer noch lebhaft entgegen. Daher erscheint aber auch diese Beziehung der Familie in Betreff der ererbten Immobilie stärker, als in Betreff der neu erworbenen und manche Rechte beschränken deßwegen schon früh auf erstere das strenge agnatische Recht.

der Eigenthümer oder gibt er sein Recht auf, gleichviel ob absolut oder zu Gunsten eines Dritten, so entsteht das Recht des Agnaten ipso jure und kann durch keinerlei Thätigkeit des Eigenthümers aufgehoben werden.

Einer strengen Construction nach existirt bei Lebzeiten des Eigenthümers ein Recht des Agnaten nicht, nur das Verfügungsrecht des ersteren über Immobilien ist ausgeschlossen. Da jedoch der Agnat auf die Geltendmachung seines eventuellen Rechts ausdrücklich oder stillschweigend verzichten kann und dadurch eine Veräußerung möglich wird, so kann man das Recht des Agnaten auch als die Freiheit der Veräußerung beschränkend auffassen und gelangt sonach zu der Annahme eines schon während des Lebens und der Existenz des Rechts des Eigenthümers vorhandenen Rechts des Agnaten, dessen Inhalt in der Veräußerungsuntersagungsbefugniß besteht [34]) und als dessen Erweiterung der Erwerb der Sache selbst erscheint.

Es ist für das alte Recht irrig, die Immobilien als einen hinsichtlich der Rechte der Erben rechtlich besonders qualificirten Theil der Erbschaft zu betrachten, denn sie bilden in ursprünglichen Verhältnissen den eigentlichen Vermögensstock, an welchen sich die anderen Vermögensstücke nur accessorisch anschließen; das agnatische Recht an den Immobilien ist daher das eigentliche Erbrecht, als dessen abgeschwächte Form das Erbrecht in Mobilien sich ausbildet. Soweit es sich nämlich lediglich um den Uebergang der Mobilien auf den Erben handelt, soweit ist eine Gleichheit der Rechtsbildung hinsichtlich der Mobilien und Immobilien vorhanden, denn dieselbe geht bei beiden Arten von Sachen aus demselben Bewußtsein

34) Ueber das agnatische Recht von dieser Seite aufgefaßt s. o. S. 324 ff.

der Zusammengehörigkeit der Familienglieder hervor. In allen anderen Beziehungen jedoch wirkt die thatsächlich verschiedene Wesenheit der Mobilien modificirend auf das Erbrecht ein. Der Mobilie fehlt die Stabilität: sie kann entweder nur dadurch gebraucht werden, daß sie verbraucht wird, oder sie verbraucht sich doch in Folge des Gebrauchs, sie muß daher fortdauernd ersetzt werden, und die Möglichkeit des Umsatzes derselben ist auch auf niederer Culturstufe eine Nothwendigkeit. Nicht allein erscheint daher die Annahme eines Rechts der Familienglieder in Bezug auf die Mobilien, welche zu einer Beschränkung der Disposition des Eigenthümers geführt hätte, auch in frühen Zeiten unzweckmäßig, sondern es fehlen schon deßwegen, weil die Mobilien keineswegs regelmäßig durch Erbschaft erworben sind, die Voraussetzungen einer solcher Anschauung. Der Eigenthümer ist daher in der Alienation der Mobilien bei seinen Lebzeiten nicht beschränkt und die Zusammengehörigkeit der Familie kann sich nur dadurch manifestiren, daß sie beim Tod des Eigenthümers ein Recht der Agnaten an den Mobilien als ein neu entstehendes hervorbringt, in derselben Weise also, wie in Rom hinsichtlich des Rechts der Agnaten am gesammten Vermögen, wirkt. Daß das germanische Recht, welches sonst die Entstehung eines Rechts an einer Mobilie immer von der körperlichen Besitzergreifung abhängig macht, das agnatische Erbrecht auch hinsichtlich der Mobilien ohne eine solche (denn in etwas Anderem als einer Besitzergreifung hätte die aditio hier begreiflich nicht bestehen können) entstehen läßt, erklärt sich daraus, daß in den meisten Fällen Immobilien und Mobilien zusammen an dieselbe Person übergingen und die Art des Uebergangs, wie oben bemerkt wurde, bei beiden Arten von Sachen völlig übereinstimmte; es war daher natürlich, daß man beide Arten von Sachen auch bei dem ferneren Uebergang auf den

Erben des Erben gleich behandelte (denn nur in Bezug auf die Transmission ist der ipso jure Erwerb der Erbschaft von praktischer Bedeutung).

Die Schulden des Erblassers standen mit seinen Immobilien in keiner Verbindung [35]), denn da er dieselben nicht alieniren konnte, so konnten weder sie selbst noch der für sie erhaltene Preis als Tilgungsobject der Obligation angesehen werden. Als solches erschienen vielmehr die Mobilien und damit war eine Verbindung zwischen beiden gegeben. Wo die Leistung der einzelnen Mobilie selbst unmittelbar den Gegenstand der Obligation bildete, war diese Verbindung evident

---

35) Der Verf. sucht den beschränkten Uebergang der Schulden auf den Erben sittlich zu rechtfertigen. Ein solcher Versuch von Seiten des Verfs. muß Wunder nehmen, da nach seiner Auffassungsweise eher das Gegentheil anzunehmen gewesen wäre. Daß das Kind die vom Vater eingegangenen Verpflichtungen übernehme, scheint doch jedenfalls der Pietät mehr zu entsprechen, als daß es im Besitz der von demselben hinterlassenen Immobilien seinen Namen dem Tadel Preis gibt und die Gläubiger für ihr Vertrauen Schaden erleiden läßt. Wenn der Nichtübergang der Schulden sich nur auf solche beschränkte, welche durch eine unsittliche Handlung entstanden sind, so ließe sich dieß noch sittlich rechtfertigen, aber der Satz bezieht sich ja auf alle Schulden, also auch auf diejenigen, welche vielleicht zum Besten gerade der Erben contrahirt worden waren. Ein Hauptausgangspunct des germanischen Rechts ist nach dem Verf. die Verpflichtung, Anderen in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, eine Pflicht, welche durch die besonderen Beziehungen, in welche mehrere Personen zu einander treten, zur Rechtspflicht erhoben wird. Begründet die Uebernahme des Vermögens des Schuldners nun nicht aber eine Beziehung zu dessen Gläubigern in prägnanterer Weise, als der Umstand des nachbarlichen neben einander Wohnens oder das Betreiben desselben Gewerbs eine solche schafft, und ist nicht auch das Object der Verpflichtung in viel concreterer Weise gegeben? — Der beschränkte Uebergang rechtfertigt sich für das alte Recht vollkommen, aber freilich nicht als unmittelbare Consequenz allgemeiner willkürlich aufgestellter Sittensätze.

und je weniger man, wie dieß im alten Recht der Fall ist, die Obligation als selbstständiges Rechtsverhältniß zu betrachten pflegt, je mehr sie nur als eine Vorbereitung zum Eigenthumsübergang oder, nachdem dieser erfolgt ist, als Titel für denselben erscheint, als um so inniger wird diese Verbindung sich darstellen. Aber auch diejenigen Obligationen, welche ein anderes Object haben, als die Leistung einer bestimmten im Nachlaß befindlichen Mobilie, werden mit den nachgelassenen Mobilien verbunden gedacht werden, sobald der Werthbegriff, der sich in Betreff der Immobilien am frühesten entwickelt, hervortritt. Diese Verbindung wird aber nicht nur so lange angenommen, bis der die Mobilie erwerbende Erbe als solcher als Subject der Forderungen erscheint, so daß sie nur den Uebergang der Forderungen vermittelte, diese aber bei dem neuen Subject wieder als selbstständige Rechtsverhältnisse erschienen, sondern, eben wegen der beschränkten Auffassung der Obligation, dauert die Verbindung noch über den Erbschaftserwerb hinaus, die aus der Hinterlassenschaft erworbenen Mobilien, resp. die durch sie repräsentirten Werthe erscheinen noch fortdauernd als die eigentlichen Tilgungsobjecte der Obligationen und der Erbe wird nur so weit obligirt, als er die Sache, resp. den Werth erworben hat. Dieß gilt aber ebensowol, wenn das Kind, als wenn der Agnat Erbe wird, denn der Grund, aus welchem der Suus als selbstständiges Subject der Obligation des Vaters erscheint, die prägnante Fassung des engeren Familienvermögens, kennt, wie oben bemerkt, das germanische Recht nicht. — Der Uebergang der Activforderungen auf den Erben findet in dem Vorigen seine Rechtfertigung von selbst [36]).

---

36) Ueber die bevorzugte Stellung der männlichen Erben und die einzelnen gesonderten Vermögensmassen, Gerade und Heergewäte vergl. u. §. 36.

Das dargestellte Recht kann gleichsam als das ideale germanische Erbrecht gelten. Dasselbe ist aber selbst in der alten Zeit keineswegs allgemein anerkannt. In einzelnen Volksrechten ist es vielfach modificirt und zwar ersichtlich durch römische Einwirkung. Der Begriff des Vermögens wird schon annähernd anerkannt, das agnatische Recht auf alle Immobilien wird auf einen Theil beschränkt, der Uebergang der Obligationen dagegen ausgedehnt auf den Betrag der gesammten hinterlassenen Werthe oder selbst unbeschränkt anerkannt [37])

---

37) Beseler, System B. II §. 149 N. 5, ist geneigt, die unbedingte Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers als ursprüngliches deutsches Recht anzunehmen, welches erst durch die spätere Ausbildung des Beispruchsrechts des nächsten Erben modificirt worden sei. Diese Ansicht ist nur haltbar, wenn man nicht nur mit Beseler annimmt, daß das Beispruchsrecht des nächsten Erben, sondern daß auch der demselben zu Grund liegende Gedanke späteren Ursprungs sei (s. o. S. 324 N. 9); sodann müßte auch nothwendig der ipso jure Erwerb der Erbschaft für das alte Recht geläugnet werden (wie denn auch allerdings die gleich zu besprechende Stelle der l. Ripuariorum einen Erbschaftsantritt kennt). Die citirten Stellen scheinen mir aber auch offenbar auf römischer Einwirkung zu beruhen. Für das burgundische und langobardische Recht darf eine solche nicht Wunder nehmen (vgl. z. B. die nicht zu bezweifelnde Aufnahme eines Grundsatzes des römischen Erbrechts in l. Liutpr. VI, 102), aber auch die Bestimmung der l. Ripuar. LXVII, 1 zeigt durch ihre Fassung, namentlich durch das Urgiren des Annehmens eines Minimum aus der Erbschaft, daß der römische Satz von dem Immisciren in die Erbschaft ihr vorgeschwebt hat. — Auf die Ehrenecrude legt Beseler selbst kein Gewicht. Die Haftung der Verwandten für das schuldige Wergeld steht in gar keinem Zusammenhang mit dem Uebergang der Obligation auf den Erben. Dieselbe beruht auf einer der Zeit der engsten Familiengemeinschaft angehörenden subsidiären Verbindlichkeit der Familienglieder aus einem Verbrechen ihres lebenden Verwandten, und es ist gewissermaßen ihre eigene Schuld, die sie tilgen, da sie im Nichtzahlungsfall ihren Verwandten gegen die Rache des Verletzten zu schützen haben und dieser Rache selbst mit verfallen.

u. s. w. u. s. w. Daß aber diese Modificationen schon in so früher Zeit und in einem Rechtsinstitut, auf welches mehr als auf ein anderes die specifisch nationale Anschauung von Einfluß sein mußte, erfolgen konnte, zeigt gerade, wie diese Anschauung eben einer niederen Culturstufe angehört, welche immer, so wie sie mit der einer höheren Culturstufe angehörenden in Berührung tritt, dieser weichen muß. Wo das Recht nicht in Berührung mit dem römischen Recht kommt, erhält sich die alte Anschauung, und so finden wir sie denn in den mittelalterlichen Rechtsbüchern in ihrer fast ursprünglichen Reinheit [38]) und in scharfer Formulirung vor.

Modificationen des alten Erbrechts. — Wenn nach der gegebenen Darstellung es sicher ist, daß das altrömische Recht nicht, wie der Verf. behauptet, eine willkürliche Rechtsbildung ist, sondern auf der Anerkennung der sittlichen Zusammengehörigkeit der Familie beruht, so ist doch nicht zu verkennen, daß dasselbe eine innere Rechtfertigung lediglich für die Zeit findet, in welcher es galt. Mit den veränderten Culturverhältnissen mußte es daher eine Umbildung erhalten und hat diese auch in so tief eingreifender Weise erfahren, wie vielleicht kein anderer Rechtstheil. Diese Rechtsbildung geht im Allgemeinen dahin, die durch die strenge Fassung der engeren Familie ihm angelegten formellen Schranken zu durchbrechen und die Consequenzen der Idee der Zusammengehörigkeit der Familie ohne Rücksicht auf die formale Gestaltung der engeren Familie zu realisiren.

Das germanische Recht auf der anderen Seite erscheint zwar auf die Idee der Familie in ihrer mehr natürlichen Ge-

---

38) In der (beschränkten) Anerkennung des Repräsentationsrechts der Enkel findet sich eine Fortbildung des Rechts.

staltung basirt, die den Agnaten eingeräumten Rechte und die Beziehung derselben auf eine bestimmte Art von Sachen sind aber nur für die Zeit des unausgebildeten Verkehrs berechtigt. Mit der Veränderung des Culturzustands mußte auch hier eine Veränderung eintreten, und zwar ist diese im Wesentlichen darauf gerichtet, die agnatischen Rechte an Immobilien zu beschränken, dadurch sowol eine freiere Disposition des Einzelnen über sein Vermögen, als auch die Ausbildung des Begriffs der Erbschaft zu ermöglichen. Durch diese in beiden Rechten nach verschiedenen Richtungen hin gehende, in jedem aber im Einzelnen bald beschränkende, bald erweiternde Thätigkeit werden das germanische und das römische Erbrecht einander so nahe gebracht, daß die Reception der römischen Rechtsprincipien in Deutschland nicht nur gerechtfertigt, sondern als eine innere Nothwendigkeit erschien.

Betrachten wir nun diese Umbildung nach ihren wesentlichen Momenten.

Das alte Civilerbrecht erscheint, so lange das alte Familienrecht der Sitte entspricht, als ein vollständig sittlich gerechtfertigtes. Diejenigen Verwandten, welche mit einander in dem anerkannten Familienverhältniß stehen, succediren einander; wer aus der Familie verstoßen oder in eine andere übergeben oder selbstständig eingetreten war, ist naturgemäß ausgeschlossen. Der einzelne paterfamilias aber kann, wie er bei Lebzeiten den Kindern Theile des Familienvermögens zuweisen und Fremde in die Familie aufnehmen kann, dieß auch mit Wirkung für die Zeit nach seinem Tode thun. Er handelt hierbei als paterfamilias nach Familienrecht, und wie seine Handlungen, die bei seinen Lebzeiten wirken sollen, außerhalb der Cognition des Civilrechts liegen, so auch die mortis causa wirksamen Handlungen.

Mit der Veränderung der Ansichten über die Familie

treten jedoch Inconvenienzen mancher Art hervor. Die Emancipationen werden häufiger, sie erscheinen nicht mehr als ein Verstoßen aus der Familie, sondern nur als eine aus Utilitätsrücksichten hervorgerufene Entfernung der Hindernisse, welche dem eigenen Erwerb des Sohnes entgegenstehen, ein totaler Ausschluß von der väterlichen Hinterlassenschaft erscheint daher sittlich ungerechtfertigt. Damit muß aber auch die Wirkung der Emancipation auf das Verhältniß zu den Ascendenten und Collateralen an Bedeutung verlieren. Umgekehrt erscheint es unbillig, daß der nicht emancipirte Sohn auch das überschuldete Vermögen des Vaters übernehmen und so seine selbstständige Wirthschaft mit einer Menge von Schulden beginnen muß.

Die Ehe mit manus verschwindet fast ganz, aber auch die Dotalehe wird laxer. Die Ehefrau bringt nicht mehr ihr ganzes Vermögen als Dos in das Familienvermögen und vermittelt dadurch den Uebergang desselben auf Ehemann und Kinder [39]). Der Ausschluß der Kinder von der Succession in das vorbehaltene Vermögen und in das des Großvaters durch den entferntesten Agnaten, das Nichtvorhandensein irgend eines gegenseitigen Successionsrechts zwischen Mann und Frau — erscheint als Härte.

Mit dem Nachlassen des alten Familienbands erschien aber auch die vollständige Selbstständigkeit der Familie, die Realisirung des Familienrechts in ihrem Innern resp. durch den Vater, der Ausschluß jeder staatlichen Intervention nicht mehr gerechtfertigt. Das Rechtsgefühl verlangte eine freiere Stellung der einzelnen Familienglieder und eine staatliche Controle des Vaters wenigstens in Betreff der wichtigsten Handlungen und zwar, aus begreiflichen Gründen, für die mortis

---

39) S. o. §. 21 S. 221. S. 226. S. 231 N. 21.

causa wirksamen eine größere als für die inter vivos vorgenommenen [40]).

Diese Umstände bewirken nun auch eine allmälige fortschreitende Umbildung des römischen Erbrechts. An dieser Umbildung nehmen alle rechtschaffenden Organe des römischen Volks und Staats Antheil. Da nun, wie schon früher bemerkt wurde, für den vorliegenden Zweck gleichgültig ist, durch welches dieser Organe ein Rechtssatz seine formale Geltung erhalten hat, so braucht auch hier die formale Entstehung der einzelnen Modificationen des alten Rechts und die nächste Ursache der jedesmaligen neuen Rechtsschaffung nicht berücksichtigt, namentlich also nicht auf den Gegensatz des civilen und des prätorischen Rechts und ihr gegenseitiges Verhältniß eingegangen zu werden; haben doch beide die gleiche Tendenz und gelangen beide auch schließlich zu einer formalen Vereinigung.

Die emancipirten Kinder werden in Bezug auf das Erbrecht den Sui gleichgestellt, die Emancipation wird bei dem Tode des Vaters gleichsam als nicht erfolgt angesehen. Der Emancipirte erbt deßwegen neben dem Suus, muß aber, wenn er dieß Recht ausübt, zu Gunsten desselben das seit der Emancipation selbstständig Erworbene in das Familienvermögen einbringen. Er muß daher aber auch, wenn der Vater mit Testament stirbt, welches ihn ausschließen soll, exheredirt sein; war dieß nicht geschehen, so realisirte er sein Recht durch die contra tabulas bonorum possessio. Aber der Emancipirte durfte nicht besser gestellt sein, als der Suus. Wie jener die väterliche Erbschaft nicht gegen seinen Willen anzutreten brauchte, so gewährte der Prätor diesem durch das

---

40) S. o. §. 20 S. 200.

beneficium abstinendi die Möglichkeit, sich der Erbschaft zu entschlagen.

Die Ignorirung der erbrechtlichen Wirkungen der Emancipation innerhalb der engeren Familie machte sich auch in der weiteren geltend, nur in geringerer Stärke; der Begriff der Agnaten ging nicht in dem der Cognaten auf, wie der der Sui in dem der Liberi, sondern diese wurden nach jenen zur Erbfolge berufen. Da aber die Berufung derselben, soweit sie neu geschaffen wurde, weder in der Art, wie die der Sui, noch wie die der Agnaten erfolgte, sondern als zeitlich limitirte Befähigung, in den Besitz der Erbschaft sich einweisen zu lassen, so war auch eine successio graduum und ordinum möglich.

Ferner wurde den Ehegatten ein Erbrecht eingeräumt und später ein nahes Erbrecht zwischen den Kindern und der Mutter und deren Ascendenten eingeführt.

Die Disposition von Todes wegen erschien zwar, seit die neue Testamentsform [41]) die alte verdrängt hatte, nicht mehr als Ausfluß des die engere Familie beherrschenden, aber auch lediglich in deren Interesse nach Familienrecht thätigen väterlichen Willens, durch welchen der Vater die Vertheilung des Familienvermögens ordnete oder einen Quasisuus schuf, sondern sie stellte sich äußerlich mehr als ein Act der willkürlichen Verfügung des Einzelnen über sein Vermögen dar — trotzdem wurde nicht nur an der Anschauung festgehalten, daß der Testator sich fortdauernd durch die das Familienrecht beherrschende Pietät binden lassen mußte, sondern, wie die Realisirung derselben in anderer Beziehung nicht mehr der Familie allein überlassen wurde (s. o. S. 200), unterzog sich das Recht auch nach dieser Richtung der Realisirung dersel-

41) Ueber diese s. §. 38.

ben [42]). Wie aber im Intestaterbrecht die Ausschließlichkeit der Anerkennung der engeren Familie mit ihren Consequenzen aufgegeben war und die natürliche Gestaltung der Familie durch die contra tabulas bonorum possessio auch im formellen Testamentsrecht ihre Berücksichtigung fand, so geschah dieß auch im materiellen Testamentsrecht. Die als inofficiös erscheinende testamentarische Bestimmung wurde für unwirksam erklärt. Bei Beurtheilung der Inofficiosität aber sowol hinsichtlich der Personen, gegen welche sie gerichtet, als hinsichtlich der Modalität der Bestimmung, durch welche sie bethätigt erschien, wurde Anfangs nicht nach bestimmten abstracten Rechtssätzen verfahren, sondern von dem sittlichen Begriff als solchem ausgegangen und an den einzelnen Fall der sittliche Maßstab angelegt. Erst allmälig entwickelten sich hieraus (in ähnlicher Weise wie bei den bonae fidei negotia, s. o. S. 455) einzelne bestimmte Rechtssätze. Durch diese wurde eine Vereinigung der freien Dispositionsbefugniß des Einzelnen mit der ihr formal entgegenstehenden Berücksichtigung der nächsten Verwandten in der Art bewirkt, daß das Object der ersteren materiell auf eine Quote des Vermögens beschränkt erschien [43]).

Von den Modificationen der späteren Zeit, welche eine materielle Bedeutung haben und auch für die Stellung des römischen Erbrechts zu dem deutschen von Bedeutung sind,

---

42) Das alte Recht der Agnaten in Betreff des Prodigus geht zwar auf mehr als auf eine Beschränkung der Testirfreiheit. Es schließt diese aber jedenfalls in sich und kann, wenn man es nur nach dieser Richtung betrachtet, als ein Recht der Agnaten bezeichnet werden, demjenigen, dessen Handlungen es wahrscheinlich machen, daß er sein Vermögen seiner Familie entfremden werde, die Testirfreiheit zu entziehen.

43) Dieß tritt namentlich auch durch die Anerkennung der Anfechtbarkeit einer donatio inofficiosa hervor.

dürften namentlich die Bestimmungen über Transmission der Erbschaft, über das beneficium inventarii und die Verwandlung der Facultät zu instituiren oder zu exherediren in eine Verpflichtung zu Ersterem mit Ausdehnung auf die Person der Ascendenten hervorzuheben sein. —

Wie oben bemerkt wurde, zeigt sich schon im altgermanischen Erbrecht eine große Verschiedenheit der einzelnen Quellen, bei der weiteren Ausbildung derselben tritt aber die particuläre Verschiedenheit noch weit mehr hervor. Weniger stark ist sie bei dem alten Recht aus dem äußeren Grund, weil noch nicht so viele kleinere selbstständige Rechtskreise sich gebildet hatten und die Abgränzung dieser noch eine lediglich locale war; ferner aus dem inneren Grund, weil überall noch die Voraussetzungen der alten Erbrechtsprincipien vorlagen und die mithin innerlich berechtigte Rechtsbildung nur durch eine vielfach verfrühte [44]) Einwirkung des römischen Rechts modificirt wurde. Das spätere Recht hingegen entwickelt sich in einer großen Anzahl weit selbstständigerer Rechtskreise, welche nicht nur local, sondern auch nach der verschiedenen Stellung der ihnen angehörenden Personen abgegränzt sind. Es verändern sich aber auch die Voraussetzungen der alten Gestaltung des Erbrechts selbst und es mußte dieser Veränderung auch von dem Recht Rechnung getragen werden. Da nun aber diese Veränderungen selbst in den einzelnen Rechtskreisen weder zu derselben Zeit, noch in derselben Stärke gleichmäßig hervortraten, so mußte auch, abgesehen von den mancherlei Zufälligkeiten, welchen jede Rechtsbildung namentlich in kleineren Rechtskreisen ausgesetzt ist, die Veränderung des Erbrechts zu sehr verschiedenen Resultaten führen. Es kann

---

44) Aus dieser Verfrühung erklärt es sich auch, warum das spätere Recht mitunter wieder zu den ursprünglichen Sätzen zurückkehrte.

daher eine genaue Darstellung des neuen Erbrechts noch weniger gegeben werden, als eine solche für das alte Erbrecht möglich ist, und nur im Allgemeinen kann der Entwickelungsgang angegeben und die Modificationen namhaft gemacht werden, welche sich in den meisten Rechtskreisen noch vor der Reception des römischen Rechts ausgebildet hatten.

Mit dem steigenden Verkehr verliert die Immobilie ihre frühere Bedeutung, während die der Mobilie dagegen zunimmt. Die Veräußerungen der Immobilien sind dadurch leichter ermöglicht und erscheinen auch jetzt nicht mehr als in der Regel unvortheilhafte Vermögensverfügungen (s. o. S. 326). Sowol die verschiedenen Arten von Mobilien, als auch die Immobilien können nun mit Bezugnahme auf ihren Werth betrachtet werden und der Begriff der Sache tritt abstracter hervor. Zugleich wird die Zusammengehörigkeit der Familie nicht mehr mit der früheren Stärke gefaßt. Die Veräußerungsuntersagungsbefugniß des Erben erscheint somit nicht mehr innerlich gerechtfertigt, wird daher beschränkt (z. B. auf besondere Arten von Immobilien, auf ererbte, auf durch mehrere Generationen hindurch vererbte) oder verliert sich ganz. Das agnatische Recht wird zum reinen Erbrecht. Die Immobilien können nun auch als Objecte der Realisirung der Obligation betrachtet werden, die Schulden des Erblassers werden daher als auf der gesammten Hinterlassenschaft ruhend angesehen und gehen mit dieser auf die Erben über. Ebenso gewährt diese Veränderung die Möglichkeit der Ausbildung eines Erbrechts der Ehegatten und einer feineren Gestaltung der Dispositionen von Todes wegen. Diese nehmen eine andere Form an (s. u. §. 38). Wenn aber auch das Recht der Erben bei Lebzeiten des Erblassers beschränkt oder aufgehoben wird, so wird doch die Wirkung der Familienzusammengehörigkeit nicht lediglich auf die F ä h i g k e i t, ab intestato

zu succediren, beschränkt, sondern es wird das Recht des nächsten Verwandten auf eine solche Succession fortdauernd anerkannt, und da dasselbe nicht mehr durch das Beispruchsrecht geschützt ist, so tritt das Bedürfniß nach einer anderweiten Sicherung hervor. Da aber die Ausdehnung der Zusammengehörigkeit auf alle, auch die entfernteren Verwandten nicht mehr der sittlichen Anschauung entspricht, so macht sich das Bedürfniß auch nur in Betreff der nächsten Vewandten geltend.

Es finden sich sonach die wesentlichen Principien, welche dem justinianischen Erbrecht zu Grunde liegen, theils schon in einzelnen Rechtssätzen realisirt vor, theils ist das Recht im Begriff, dieselben zu realisiren und sucht vielfach nur nach einer passenden Formulirung. Das Erstere ist z. B. hinsichtlich des Uebergangs der Schulden auf den Erben in den meisten Stadtrechten der Fall, das Zweite hinsichtlich des Pflichttheilsrechts. Allerdings fehlte es auch nicht an einzelnen Verschiedenheiten zwischen beiden Rechten, aber dieselben lagen entweder nur in der Formulirung [45]), oder die betreffenden Sätze des einheimischen Rechts konnten als Ausnahmen aufgefaßt werden [46]). Das römische Recht konnte mithin nicht

45) So weichen z. B. die Sätze beider Rechte hinsichtlich des Umfangs des Uebergangs der Schulden auf den Erben an sich von einander ab; durch das beneficium inventarii ist aber nicht nur dem römischen Erben die Möglichkeit gegeben, seine Haftung auf das Maß der Haftung des deutschen Erben zurückzuführen, sondern auch einzelne deutsche Rechte gehen theoretisch gleichsam von der absoluten Haftung des Erben aus und fassen den deutschen Rechtssatz so auf, daß vermöge desselben dem Erben die Möglichkeit gegeben ist, sich durch Abtretung der Erbschaft von der unbedingten Haftung zu befreien. S. z. B. Goslarische Statuten (Göschen) S. 6 Z. 31.

46) In manchen Rechtskreisen bestand die besondere Bedeutung der Immobilie noch fort und die alten Rechtssätze erschienen noch als gerechtfertigt. Da aber diese Gründe in der späteren Zeit als auf der besonderen Stellung der diesen Rechtskreisen angehörenden Personen

als ein total fremdes, der deutschen Auffassung principiell widerstrebendes erscheinen und es hatte den Vortheil einer wissenschaftlichen Aus- und Durchbildung. Die Sätze, an deren Feststellung man arbeitete, waren dort klar und präcis formulirt, den Bedürfnissen, deren Befriedigung man anstrebte, fand man dort in der passendsten Weise abgeholfen. Es war deßwegen gleichsam eine innere Nothwendigkeit, daß man, sowie man das römische Erbrecht kennen lernte, es auch recipirte, d. h. als geltendes ansah. Daß aber die Reception keineswegs in einem willkürlichen und unmotivirten Aufdringen bestand, sondern ein natürlicher und nothwendiger Act der Rechtsentwickelung war, zeigt sich darin, daß die römischen Principien da am frühsten und am umfassendsten aufgenommen wurden, wo die gleichen thatsächlichen Voraussetzungen wie in Rom vorlagen, daß sie aber, wo diese noch nicht ausgebildet waren, nur allmälig Eingang fanden und daß sie in denjenigen Rechtskreisen, welche sich der Umbildung der ökonomischen Verhältnisse am längsten entzogen, bis in die neueren Zeiten nur theilweise Anerkennung fanden [47]).

§. 36.

Princip der Erbtheilung.

Darstellung des Verfs.: Nach römischem Princip der Erbfolge als der Succession in die Person des Erblassers gehört der gesammte Nachlaß den einzelnen Erben nach ideellen Theilen, das gegenseitige Verhältniß der Erben wird ganz nach den für jede andere communio geltenden Regeln beur-

---

beruhend angesehen wurden, so war es gegeben, die aus demselben hervorgegangenen resp. wegen derselben beibehaltenen Rechtssätze als Ausnahmebestimmungen aufzufassen.

47) Vergl. das über die Art und Weise der Reception des römischen Testamentsrechts in §. 38 Gesagte.

theilt und „das eigenthümlich Römische besteht in der consequenten Durchführung dieses Princips und in der Nichtbeachtung der sittlichen Rücksichten, welche eine Modification jenes Princips fordern und im germanischen Recht auch wirklich herbeiführen". Die germanische Erbfolge dagegen beruht auf der sittlichen Nächstberechtigung der Erben, die Erben succediren nicht in die Person des Erblassers, sondern die von diesem nachgelassenen Vermögensobjecte fallen ihnen als den Nächsten zu. Dieses Princip kömmt unter den Erben selbst in so weit zur Anwendung, als vermöge der Natur einzelner Vermögensbestandtheile in Bezug auf diese einzelnen Erben eine größere sittliche Nächstberechtigung zuerkannt werden muß. Daher die besondere Succession in Heergewäte und Gerade, daher der Vorzug des Mannsstamms hinsichtlich des Grundeigenthums, daher das jus recadentiae. Im Uebrigen theilen die gleich nahen Erben nach gleichen Theilen, das Theilungsprincip differirt aber darin vom römischen, „daß nicht wie bei diesem der pecuniäre Vortheil der Einzelnen für die Theilungsart maßgebend ist, die Theilung vielmehr geschieht, wie „unter Brüdern" getheilt werden soll, daher z. B. keine Licitation um den höchsten Preis zu erzielen begehrt, überhaupt kein judicium familiae herciscundae im römischen Sinn gefordert werden darf, die Erben sich vielmehr über die Theilung vertragen müssen, und dafür nur die Regel festgesetzt ist, welcher der Erben, wenn sie sich über keine andere Auseinandersetzung verständigen können, die Theile zu machen (der ältere, der die Theilung verlangende), welcher zu wählen hat (der jüngere). Diese allgemeinen Grundsätze erleiden nach der Natur der Erbschaftsobjecte, der Lebensstellung und dem Beruf der einzelnen Erben Modificationen und es bildet sich ein verschiedenes Erbrecht für die verschiedenen Stände aus. In den Städten wird, da ein Grund zur Bevorzugung

einzelner Kinder nicht vorliegt, die Gleichberechtigung der Erben anerkannt, anders bei Adel und Bauerstand. Zu einer Naturaltheilung sind die Erben regelmäßig nicht befugt, völlige Abfindungen der Miterben in Geld würde aber die Existenz des Gehöfts- und Rittergutserben gefährden, auch ihn verhindern, den Pflichten „des ihm um höherer Zwecke willen verliehenen Amts", seinen Gemeinde- resp. gutsherrlichen Pflichten genügend nachzukommen, daher erscheint hier eine Individualsuccession gerechtfertigt, daher Anerkennung des Rechts der Anerben im Bauernstand, Einführung der Primogenitur beim hohen Adel, beim niederen Adel Vorzug des Mannsstamms bei der Succession in das Lehngut und Unveräußerlichkeit desselben, später fideicommissarische Sicherung des Princips gegenüber den römischen Rechtsprincipien. — Am klarsten und schärfsten sind die germanischen Rechtssätze bei den Domänen der fürstlichen Familien „erhalten". Wie jeder Mensch die Aufkünfte seines Vermögens für die Erfüllung der sittlichen Pflichten verwenden muß, welche seine Lebensstellung mit sich bringt, so hat der Fürst die Verpflichtung, die Lasten der Regierung aus den Einkünften der Domänen zu bestreiten, daher sind die Nachgeborenen verpflichtet, sich mit standesmäßiger Apanage zu begnügen. „Die Nothwendigkeit des germanischen Erbfolgeprincips im Domanium machte sich mit solcher Stärke geltend, daß sie schließlich die Vorstellung erzeugte, die Domänen seien gar nicht Eigenthum des Fürsten, sondern Staatseigenthum". —

Die Bezeichnung „Erbtheilung" ist, wie man sieht, in einem etwas weiten Umfang gebraucht, es erscheint daher geeigneter, die hier berührten Momente im Einzelnen zu betrachten.

1) Ueberall, wo die Familie als ein festes geschlossenes Ganze auftritt, ist die größere Berechtigung des Manns-

stamms anerkannt und zwar geht dieß sowol daraus hervor, daß in diesem gesellschaftlichen Zustand nur die männlichen Glieder der Familie auch nach außen Geltung haben, während lediglich die Familie die Sphäre der Frau bildet, als auch daraus, daß die Frau von Natur darauf gewiesen ist, aus ihrer Familie in eine fremde überzutreten, mulier finis est familiae. Bei allen Völkern zeigt sich daher auch mit dem Nachlassen der Familienbande eine Erweiterung der Rechtsfähigkeit und namentlich der Erbfähigkeit der Frau. Regelmäßig beginnt ihre Rechtsfähigkeit mit dem Recht an dem, was sie unmittelbar an ihrem Körper trägt und auf das, was dazu bestimmt ist, und ihr Ende erreicht die Entwickelung mit der Fähigkeit der Frau, neben den gleich nahen männlichen Verwandten in das Grundeigenthum zu succediren. Der Zwischenstufen sind viele; weniger sind diese bestimmt nach der absoluten Rechts- resp. Successionsfähigkeit als nach der relativen, d. h. nach dem Grade des Bedingtseins der weiblichen Erbfolge durch die Nichtexistenz von männlichen Erben. Das ältere germanische Recht bewegt sich nun in den verschiedenen Rechtskreisen auf diesen Zwischenstufen. Nach dem einen Recht erhält die Frau nur die übliche Aussteuer und ist von aller Folge in das übrige Vermögen ausgeschlossen, aber nur von den nächsten Verwandten des Erblassers; nach einem anderen schließt der ganze Mannsstamm sie von der Folge in die Immobilien aus, in der übrigen Erbschaft aber geht ihr nur der gleich nahe männliche Erbe vor oder concurrirt mit ihr; nach einem anderen succedirt sie neben den entfernteren männlichen Erben in einen geringen Theil der Immobilien; nach einem anderen erhält sie diesen nur zur Leibzucht; mitunter ist das Recht verschieden in Betreff des ererbten und des gewonnenen Guts u. s. w. u. s. w. Ueberall also, mit vielleicht einziger Ausnahme der an der Hand des römischen Rechts

vorgeschrittenen Westgothen, ist ein Vorzug des Mannsstamms im Erbrecht anerkannt. Aber nur so lange dauert diese Anerkennung, als die ausgezeichnete Stellung der Immobilie als des hauptsächlichen Vermögensstücks dauert, und als die Familie in ihrer alten Bedeutung sich erhält. In der Stadt verliert die Immobilie ihre besondere Bedeutung und die prägnante Fassung des Staatsbegriffs in der Stadt läßt auch die Rechtsfähigkeit der Frau als Individuum hervortreten. In den Städten bildet sich daher auch eine Gleichstellung der Succession des Weibs- und des Mannsstamms aus, ohne daß eine Einwirkung des römischen Rechts darauf anfänglich ersichtlich ist. In denjenigen Rechtskreisen dagegen, in welchen die Bedeutung der Immobilie noch immer vorwiegend blieb und zugleich die Familie noch eine festere Fügung bewahrte, erhielt sich der Vorzug des Mannsstamms. In Betreff der Güter, welche nicht im freien Eigenthum des Besitzers standen, erklärt sich die Bevorzugung des Mannsstamms aus dem Constituirungsact des abgeleiteten Besitzrechts.

In Rom findet sich in den ältesten Zeiten ein Vorzug des Mannsstamms in der Intestatsuccession nur in sehr beschränkter Weise. Frauen konnten nicht berufen werden ultra consanguinitatis gradum, aber andere Rechtseinrichtungen verhinderten, daß das Vermögen durch Uebergang auf die Frauen der Familie entfremdet wurde. War die dem Grade nach nächste Verwandte schon bei Lebzeiten des Erblassers durch Heirath in eine fremde Familie eingetreten, so war sie von der Erbfolge dadurch ausgeschlossen. Gehörte sie noch ihrer Familie an, so konnte sie das Ererbte der Familie durch Testament gar nicht entfremden, in anderer Weise (selbst durch conventio in manum und Dotalbestellung s. o. S. 268)

nur mit Zustimmung ihrer Tutoren [1]), und ab intestato wurde sie bis zum S. C. Orphitianum, auch wenn sie Kinder hatte, nur durch ihre eigene Familie beerbt. Eine spätere gesetzliche Beschränkung erfuhren die Frauen durch Minderung ihrer passiven Testamentsfähigkeit. Einer späteren Zeit aber gehört die lex Voconia erst an, weil früher ein Bedürfniß zu einer derartigen Beschränkung nicht vorliegen mochte. Wie im germanischen Recht verloren sich auch im römischen diese directen und indirecten Beschränkungen mit der Zeit allmälig und im recipirten Recht findet sich keine Spur mehr vor.

2) Eine Individualsuccession in das Vermögen ist dem altgermanischen Recht fremd. Nur in ein absolut untheilbares politisches Recht findet sie statt, für die privatrechtliche Succession wird aber ausdrücklich und selbst mitunter im Gegensatz zu der Individualsuccession fremder Rechte der Grundsatz der Theilung unter mehrere Miterben an den ver-

---

1) Savigny (Abhandl. der Berliner Akademie 1820. 21 histor. philolog. Cl. S. 233) nimmt auf diese Tutel Bezug, um die scheinbare Inconsequenz der lex Voconia zu rechtfertigen, welche nur das testamentarische Erbrecht der Frauen beschränkt. Die ab intestato erbende Frau habe nothwendig unter der Tutel der Agnaten gestanden, und dadurch seien die Ansprüche dieser gesichert gewesen, der testirende Vater aber habe der Tochter einen fremden Tutor ernennen können. Allerdings ist diese Argumentation durch Hasse's (Rheinisches Museum B. III S. 190) Bemerkung widerlegt, daß dadurch die Beschränkung der consanguinea nicht erklärt werde, welcher der Testator keinen Tutor ernennen konnte. Sollte aber der der Erklärung Savigny's zu Grund liegende Gedanke nicht dadurch vertheidigt werden können, daß man nach Analogie des Nichtvorhandenseins einer cura legitima über den Prodigus, welcher seinen Vater testamentarisch beerbt hat, eine materielle Beschränkung des Rechts des tutor legitimus mulieris hinsichtlich des durch Testament erworbenen Vermögens annimmt? Aus inneren Gründen scheint diese Annahme sicherlich gefertigt.

schiedensten Orten ausgesprochen [2]). Allodiale Grundstücke wurden unter den Miterben getheilt oder von denselben gemeinschaftlich besessen. Hatte Jemand einem Anderen Besitzrechte an einem Grundstück zugestanden, so blieb es ihm natürlich vorbehalten, auch wenn er die Erblichkeit dieser Rechte zugestand, doch die Untheilbarkeit derselben festzustellen, und so bildete sich im Lehnrecht der Grundsatz aus, daß der Lehnsherr nur Einen der Söhne des verstorbenen Vasallen als Vasallen anzunehmen brauchte. Selbst dieser Satz modificirte aber den Grundsatz von der Gleichberechtigung mehrerer Miterben nicht. Der Empfänger des Lehens mußte die Miterben entschädigen, so daß er ihnen entweder entsprechende Theile des Allodialvermögens überließ oder ihnen Rechte an dem Lehngut, welches er dem Lehnsherrn gegenüber allein vertrat, oder an dessen Früchten einräumte. Hierin zeigt sich im Gegensatz zu Frankreich und England, wo der feudale Grundsatz das Erb-

2) Schulze, Das Recht der Erstgeburt §. 31. Homeyer, Ueber die Heimath (Abhdl. d. Berl. Akad. v. 1852) S. 54. Auch was der Letztere in der angeführten geistreichen Abhandlung über das Hantgemal ausführt, beweist nicht für die Anerkennung der Individualsuccession im Sinne des Verfs. Es wird dort vielmehr nur wahrscheinlich gemacht, daß gewisse Familien einen Grundbesitz gehabt haben, auf welchen ihre politische Bedeutung radicirt gewesen sei, und daß dieser immer auf dasjenige Familienglied übergegangen sein möge, welches die politischen Rechte vorzugsweise ausgeübt habe. Diese besondere Qualification hatte aber keineswegs das gesammte Grundvermögen, sondern das Hantgemal mochte oft nur einen kleinen Theil desselben bilden, wie aus mehreren der von Homeyer angeführten Beispiele, ferner aus der particulären Gewohnheit, dem ältesten Sohn die Stammburg mit einem geringen Grundbesitz vorzugsweise zuzuweisen, hervorgeht. Nicht die Amtsnatur des Grundbesitzes, sondern die Verbindung eines bestimmten Grundstücks mit einem Amt bewirkte die Individualsuccession, bei welcher sogar noch nicht einmal feststeht, ob nicht in derselben Weise, wie beim Lehen die Miterben eine anderweite Entschädigung erhielten.

recht schon früh modificirte, wie festbegründet das allodiale Princip der Theilung in Deutschland war. Nach dem späteren Lehnrecht findet auch eine Theilung des Lehens selbst unter mehrere Lehnerben statt. — Eine Individualsuccession wurde sowol in Bezug auf Lehen, als auf Allod erst in sehr später Zeit eingeführt, oder richtiger, es wurde die Möglichkeit der concreten Einführung der Individualsuccession durch Privatdisposition anerkannt. Die Wirksamkeit derartiger Dispositionen ist aber nicht aus dem alten Erbrechtsprincip abzuleiten, mit welchem sie nicht einmal verträglich war, vielmehr beruht die exorbitante Befähigung des Fideicommißstifters auf dem erst mit der Reception des römischen Rechts zur vollen Anerkennung gekommenen Grundsatz der unbedingten Möglichkeit der unbeschränkten Disposition mit Wirkung über den Tod hinaus. Der Grund der fideicommissarischen Einführung der Individualsuccession liegt aber auch keineswegs in der Rücksicht auf das Staats- und Gemeinwohl, resp. in der Ueberzeugung, daß die Pflichten der größeren Gutsbesitzer für das Gemeinwohl gerade durch Einführung der Individualsuccession am angemessensten erfüllt werden könnten, wenigstens ist dieß gewiß nie der nächste Zweck gewesen, als solcher erscheint vielmehr überall die Sorge für die Erhaltung der Familie.

Einen weiteren Beleg dafür, daß die privatrechtliche Individualsuccession dem germanischen Recht ursprünglich fremd war, bieten die Rechtsverhältnisse der späteren Landesherrn. Ursprünglich fand zwar in die Grafschaft und das Herzogthum eine Individualsuccession statt, dieß war aber eine nothwendige Folge aus der richtigen Erkenntniß der Grafschaft und des Herzogthums. Nicht ein Patrimonium war von dem König dem Grafen und dem Herzog übertragen, sondern dieser war in ein Amt eingesetzt und hatte damit die Reve-

nüen des Amts; es ward ferner allmälig ausdrücklich oder stillschweigend zugestanden, daß ein Nachfolger des Beamten ebenfalls wieder das Amt zur Verwaltung erhalten sollte und damit die Revenüen des Amts, d. h. das mit dem Amt verbundene Gut als Lehen. Die Allodialgüter hingegen wurden von den Miterben getheilt. Als aber die Amtsnatur zurücktrat und die Grafschaft, und später auch die mit dem Herzogthum zum Fürstenthum verbundene Grafschaft mehr als ein nutzbares Vermögensrecht betrachtet wurde, so fing man auch an, diese eben als Patrimonium zu theilen, und diese Theilung wurde fortgesetzt, bis wieder ein Umschwung in der Auffassung des Fürstenthums eingetreten war, und damit der patrimoniale Charakter wieder in den Hintergrund trat. Mit der Untheilbarkeit der Territorien wurde nun auch die Untheilbarkeit der Domänen fideicommissarisch festgestellt. Diese Veränderung trat aber erst nach der Reception des römischen Rechts, zum Theil erst lange nach derselben ein.

Die Individualsuccession in Bauerngüter findet sich zuerst bei solchen, welche in abgeleitetem Besitz stehen, und welche durch stillschweigende Connivenz oder ausdrückliche Bestimmung des Gutsherrn zwar vererblich wurden, aber immer nur auf Einen Erben übergehen sollten. Die freien, auch mit vogteilichen Lasten belegten, Güter waren dagegen de jure theilbar, wenn auch thatsächlich die Naturaltheilung oft nicht vorgenommen worden sein mag, und entweder die mehreren Berechtigten zusammen blieben, oder der eine und andere sich vertragsmäßig abfinden ließ. Erst in den letzten Jahrhunderten wurde mit Anknüpfung an diese Sitte die Untheilbarkeit der Bauerngüter, auch der eigenthümlichen, aus nationalökonomischen Rücksichten an manchen Orten proclamirt und damit ein bestimmter Modus der Abfindung der nicht succedirenden Miterben eingeführt, öfters aber nur mit subsidiärer Wirksamkeit

für den Fall, daß die Miterben nicht zu einer Veräußerung schreiten wollten. Ein Rückschluß hieraus auf ein besonders erbrechtliches Princip dürfte jedoch, wenn man die Einführungsacte und die Zeit der Entstehung derselben berücksichtigt, kaum gerechtfertigt sein.

3) Das jus recadentiae erscheint allerdings als eine sittlich sehr motivirte Modification der allgemeinen Principien über Erbtheilung und der Erbfolge nach Gradesnähe, aber freilich nur, soweit dabei die Familie der Aeltern des Erblassers in Betracht kömmt, und daher nur eine zweifache Theilung der Hinterlassenschaft nach ihrem Ursprung stattfindet. Es hat etwas Gefühlwidriges, daß das Vermögen aus einer Familie in eine ganz fremde übergeht, obgleich die Absicht der nächsten Interessenten nicht darauf gerichtet war und das beide vereinigende Band, die von Gliedern beider Familien abgeschlossene Ehe, resp. das aus dieser Ehe geborene Kind, nicht mehr existirt. Hat sich das aus einer Familie herstammende Vermögen schon mehrmals selbstständig auf Descendenten vererbt, so verliert sich die Erinnerung an die Herstammung desselben immer mehr, und der Rückfall wird nicht mehr als sittliches Postulat erscheinen. Bei den Römern konnte er dieß auch nicht in der ersten Generation sein, da bei der Manusehe ein Nexus mit der mütterlichen Familie überhaupt nicht stattfand, in der Dotalehe aber das Paraphernalvermögen der Frau nur durch besondere Dispositionen an die Kinder gelangen konnte, das in die Ehe eingebrachte aber ebenfalls der Familie eventuell reservirt werden, zudem aber durch letztwillige Verfügungen jede Unbilligkeit leicht ausgeglichen werden konnte [3]).

---

3) Das letztere Moment läßt auch für unser heutiges Recht den Mangel des Rückfallsrechts weniger vermissen.

4) Der Verf. behauptet, nach deutschem Recht existire eine Klage auf Erbtheilung resp. aus der Erbtheilung nicht, die Erben müßten sich vielmehr vertragen. Es enthielte diese Ausschließung, wenn sie wirklich begründet wäre, ein testimonium paupertatis in bester Form, da ja damit gesagt wäre, daß das deutsche Recht Rechte anerkenne ohne die Möglichkeit der rechtlichen Realisirung derselben. Was aber die dem deutschen Recht vindicirte besondere Art der Erbauseinandersetzung durch Theilung durch den älteren, Wahl durch den jüngeren Miterben betrifft, so möge der Verf. aus den Citaten in Gaupp's germanischen Ansiedlungen S. 90 sich überzeugen, wie auch den Römern dieser in deutschen Quellen vorgeschlagene Theilungsmodus bekannt war. — Daß die besondere Behandlung der Gerade ihren Grund in der geringen Ausbildung des Verkehrs und dem folgeweisen Mangel des Werthbegriffs oder der Uebung der Anwendung desselben hat, bedarf nur einer Andeutung. Deßwegen verliert sie sich auch früh in den Städten und stirbt auch da, wo sie sich noch nach der Reception des römischen Rechts erhalten hatte, als völlig überlebtes Institut ab. Dasselbe gilt von dem Heergewäte. —

§. 37.

Das Erbrecht der Wittwe.

Der Verf. stellt der Unbilligkeit, daß nach römischem Recht nach dem Tode des Manns die uxor in manu ohne Rücksicht auf ihr eingebrachtes Vermögen lediglich Kindestheil erhält, und daß die nach Dotalrecht lebende Ehefrau nur ihre Dos und zwar nur das, was in natura von derselben noch vorhanden ist, zurückbekömmt, die aus der germanischen Auffassung der Ehe als Lebensgemeinschaft entspringenden Grundsätze des deutschen Rechts gegenüber. Nach diesem soll gar

nicht untersucht worden sein, welche Gegenstände die Frau wirklich inferirt habe, sondern statt des Eingebrachten die vorhandenen Gerade zurückgegeben worden sein; ferner habe die Wittwe einen doppelten Anspruch an den Nachlaß der Manns, nämlich auf lebenslängliche Versorgung aus demselben und auf einen Theil der Errungenschaft. Diese Ansprüche hätten nun in den verschiedenen Ständen eine verschiedene Richtung erhalten.

Zur Würdigung dieser Darstellung braucht im Allgemeinen nur auf das oben §. 21 über die ehelichen Güterverhältnisse Ausgeführte Bezug genommen zu werden, und es sind nur einige Puncte hevorzuheben.

Das alte deutsche Recht kennt eine Succession der Wittwe nicht, auch wird der allerdings vorhandene sittliche Anspruch derselben, aus der Erbschaft des Manns unterhalten zu werden, fast überall durch die besonderen Dispositionen des Ehemanns realisirt, und das Recht gewährt nur die Möglichkeit zu solchen Dispositionen, wie auch das römische Recht die Bestellung des Usus fructus gestattet, welcher namentlich der Wittwe häufig bestellt wurde (s. o. S. 274). Die Möglichkeit, durch letzten Willen den Usus fruct zu bestellen und andere Zuwendungen zu machen, gewährte aber den Römern ein vorzügliches Mittel, den sittlichen Anspruch der Ehefrau in der dem concreten Verhältniß am meisten entsprechenden Weise zu realisiren, und machte eine anderweite rechtliche Realisirung überhaupt unnöthig. — Ueber die Unschlüssigkeit der Argumentation aus dem keineswegs allgemeinen Recht auf die eheliche Errungenschaft vergl. o. S. 272 und 281. — Was die gerügte Verschiedenheit hinsichtlich der Restitution des Eingebrachten betrifft, so ist zu bemerken, daß die Dos häufig in Geld gegeben wurde, oder wenn in Sachen, diese ästimirt

gegeben werden konnten, also als Capital, die Gerade aber nur ein sächsisches Institut ist.

Wenn wir aber endlich das römische Recht, wie es recipirt wurde, betrachten, so erscheint das justinianische Recht der armen Wittwe als eine rechtliche Anerkennung der Ansprüche der Frau, welche gerade nach den dem Verf. geläufigen Anschauungen den sittlichen Anforderungen in eminenter Weise entspricht. Müßte es doch nach der Auffassung des Verfs. in hohem Grade unbillig erscheinen, wenn die reichdotirte Wittwe das durch die Rückzahlung der Dos vielleicht bedeutend geschmälerte eheliche Vermögen durch Geltendmachung weiterer Ansprüche zum Nachtheil der Kinder noch mehr verringern dürfte [1]).

§. 38.

Testamente und Erbverträge.

Der Verf. stellt die Befugniß, über das Vermögen für den Todesfall zu verfügen, als aus der im römischen Recht anerkannten absoluten Dispositionsbefugniß von selbst sich ergebende Consequenz dar; nur die Form habe Schwierigkeiten gemacht. Ein Vertrag habe nicht genügt, solchen Dispositionen Gültigkeit zu verschaffen, da derselbe nur Wirkungen unter den Contrahenten hervorgebracht habe, es sei daher ein specieller Volksbeschluß nöthig geworden — testamentum comitiis calatis und in procinctu — später sei eine weitere sich aus einer wirklichen Eigenthumsübertragung des Vermögens entwickelnde Form, das testamentum per aes et libram hinzugekommen, welche als die bequemere die älteren Formen verdrängt habe. Der materielle Inhalt und Umfang der Dispositionsbefugniß sei ursprünglich eben wegen der absoluten

1) Non erit justum gravare filios per successionem. Nov. 53 c. 6.

Herrschaft über das Vermögen unbeschränkt gewesen, später erst habe das sittliche Bewußtsein gegen die praktischen Consequenzen dieses Rechtssatzes reagirt, und zwar in „charakteristischer Weise". Eine directe Beschränkung sei nach der ganzen Grundrichtung des juristischen Denkens der Römer unmöglich gewesen, man habe sich deßwegen mit der Fiction, der Testator sei geisteskrank gewesen, geholfen.

„Nach den Grundprincipien des germanischen Rechts dagegen könne von einer Befugniß des Einzelnen, über die Vererbung seines Vermögens subjectiv willkürliche Vorschriften aufzustellen, von vorn herein keine Rede sein. Die Erbfolge sowol, als die Erbtheilung seien nach dem Princip der sittlichen Nächstberechtigung ein für allemal geregelt." „Allerdings könnten Fälle vorkommen, wo besondere Verhältnisse den Wunsch eines Menschen, die Vererbung seines Vermögens selbstständig zu regeln, als einen sittlich erlaubten erscheinen ließen und in denselben Fällen, in welchen Jemand unter Lebenden veräußern dürfe, würde auch der Veräußerung von Todes wegen kein Bedenken entgegenstehen. Für solche Verfügungen bedürfe es aber wiederum einer besonderen Form nicht, sondern es genügten dazu die gewöhnlichen Rechtsformen, wodurch Jemand einem Dritten Rechte an seinem Vermögen einräume, weil der germanische Eigenthumsbegriff nicht den Charakter der Ausschließlichkeit im römischen Sinn habe, und daher die Mitaufnahme eines Dritten in die Gewere, um ihm das Recht der Erbfolge zu geben, ein juristisch mögliches Geschäft sei. Die zur Begründung einer besonderen Erbfolge dienende Rechtsform sei daher die Form des Erbvertrags, und vom germanischen Standpunct aus betrachtet, sei auch in einem Erbvertrag nichts den guten Sitten Zuwiderlaufendes zu finden, da eben die Realisirung der durch einen solchen Vertrag allerdings beschränkten subjectiven

Willensfreiheit überall nicht das Problem der germanischen Staats- und Rechtslehre sei."

Je ursprünglicher die Lebensverhältnisse eines Volks sind, um so mehr stimmt die sittliche Anschauung des Einzelnen mit der allgemeinen überein, um so vernünftiger erscheinen dem Einzelnen die aus der allgemeinen sittlichen Anschauung hervorgegangenen Sitten- und Rechtssätze, und um so weniger tritt ein Bedürfniß hervor, die Rechtsverhältnisse in concreto anders festzustellen, als sie durch die allgemeine Rechtsregel festgestellt sind. Dieß gilt auch namentlich für das Erbrecht. So lang die sittliche Anschauung von der Zusammengehörigkeit der Familie lebendig hervortritt und das Familienglied sich als solches im Gegensatz zu den Gliedern anderer Familien fühlt, erscheint der Uebergang des Vermögens auf Familienglieder als allein vernünftig und insbesondere der Uebergang, wie er durch das Intestaterbrecht geordnet ist, der Uebergang auf den Nächstverwandten, denn dieser erscheint an sich als der Nächststehende, und wenn auch im besonderen Fall dem Einzelnen ein fremder oder entfernter Verwandter gemüthlich näher steht, als der Verwandte und nächste Verwandte, so ist doch eine derartige subjective und gleichsam zufällige Anschauung nicht im Stand, die auf die objective und nothwendige Anschauung gegründeten Sitten- und Rechtssätze zu brechen. Wo, wie das im deutschen Recht der Fall ist, dem der objectiven Anschauung nach dem Erblasser Nächststehenden schon bei dessen Leben ein Recht zusteht, ist eine rechtliche Berücksichtigung der subjectiven Anschauung eben dadurch unmöglich, aber auch, wo ein solches Recht nicht existirt, wo das Einzelrecht so prägnant anerkannt ist, daß eine Veräußerung unter Lebenden unbedingt gestattet ist, oder wenn das vorhandene Recht der Familie im einzelnen Fall durch die Zu-

stimmung dieser wirkungslos gemacht ist, kann die subjective Anschauung und der aus derselben hervorgehende Wille des Einzelnen doch nicht an und für sich wirksam werden, sondern es ist eine Vermittelung durch die objectiven Sätze erforderlich. Der Erblasser kann einem Fremden oder entfernter Verwandten nur dadurch die Erbschaft zuwenden, daß er ihn in die Stellung des durch den objectiven Satz Berufenen bringt. Diese Stellung kann aber der Einzelne nicht für sich allein dem Anderen gewähren, sondern es bedarf hierzu der Anerkennung der Gesammtheit, welcher ja die Realisirung des objectiven Satzes zusteht. Erst mit dem allmäligen Zurücktreten der Bedeutung der Familie wird auch in dieser Beziehung der ubjective Wille selbstständiger anerkannt, und die ursprüngliche Autorisirung der Gesammtheit wird zur Solennität.

Das römische, wie das deutsche Recht gehen beide diesen Gang. Da aber dieselben, von einer verschiedenen Entwickelungsstufe der Familie ausgehend, das Intestaterbrecht ursprünglich verschieden gestaltet hatten, so mußte auch die Nachbildung desselben in dem einzelnen Recht eine verschiedene Gestaltung erhalten.

Daß die Römer sich in ihrem ältesten Testament, dem testamentum comitiis calatis [1]), an das Erbrecht der engeren Familie anschlossen, ist oben (§. 35 S. 521 ff.) ausgeführt worden. Neben diesem findet sich schon früh ein anderes Testament, welches später das erstere ganz verdrängte. Aber auch dieses erscheint wieder in den verschiedenen Zeiten in verschiedener Gestalt und es ist deßwegen nothwendig, hier auf seine Entstehung und Entwickelung einzugehen.

---

1) Das testamentum in procinctu unterscheidet sich von demselben wol nur durch die äußere Form.

Da der Römer in jedem Augenblick seines Lebens durch Mancipation Eigenthum übertragen konnte, so konnte er auch dadurch, daß er in seinen letzten Augenblicken einem Anderen Sachen mancipirte, thatsächlich die Wirkung einer mortis causa Disposition hervorbringen, und wollte er sich ja für den Fall, daß er länger leben sollte, den Genuß der Sachen oder eine Disposition über dieselben nicht entgehen lassen, so konnte er sich diesen Genuß lebenslänglich vorbehalten oder für den Fall seiner Genesung die Remancipation bedingen. War die Menge der dem Veräußernden gehörenden Sachen nicht groß, und befanden sich dieselben in der Nähe, so ließ sich sogar eine Ausdehnung des Mancipationsacts auf alle Sachen bewirken. Nahm man dann den Erwerber der Sachen noch durch Bewirkung von Adstipulationen in den Nexus der einzelnen Activ- und Passivforderungen auf, so erhielt derselbe nach dem Tod des Veräußerers thatsächlich fast [2]) ganz dieselbe Stellung, wie der Intestaterbe oder der Instituirte, ohne daß jedoch dadurch das Erbrecht selbst irgend wie berührt worden wäre [3]). Waren der Uebertragung weitere Bestimmungen, welche erst nach dem Tod wirksam werden sollten, etwa über Herausgabe einzelner Sachen an Dritte beigefügt, so entbehrten dieselben freilich einer rechtlichen Realisirbarkeit, die Ausführung derselben blieb der Rechtlichkeit des Erwerbers überlassen.

Ob man auf die angegebene Weise wirklich das gesammte Vermögen häufig übertragen habe, wird uns nicht berichtet;

---

2) In Betreff der Obligationen concurrirte er noch mit dem Erben, sobald dieser angetreten resp. nicht abstinirt hatte, und konnte z. B. dadurch, daß der Schuldner dem Erben zahlte, die Forderung verlieren.

3) Ein ähnliches Verhältniß findet sich bei der deutschen s. g. erfrühten Erbfolge.

die Nichterwähnung in juristischen Quellen berechtigt aber keineswegs zur Annahme, daß es nicht geschehen, da es rechtlich lediglich zufällig war, daß die in das Vermögen des Erwerbers gekommenen Sachen und Forderungen das gesammte Vermögensobject des Uebertragenden ausmachten. Rechtlich interessant werden diese Geschäfte erst von da an, wo die Uebertragungsobjecte als ein Ganzes gefaßt wurden, wo die Mancipation auch rechtlich eine Wirkung von Todes wegen erhielt. Möglich wurde diese Rechtsbildung dadurch, daß man den Erwerb sämmtlicher in der Person des Verstorbenen vorhandener Rechte und Pflichten nicht nur da annahm, wo dieselben schon im Voraus thatsächlich für die neuen Subjecte derselben begründet gewesen waren, und jetzt nur die rechtliche Anerkennung dazu kam (bei der Suitätsfolge), sondern auch da, wo ein wirklicher Uebergang, ein eigentlicher neuer Erwerb der Rechte und Pflichten stattfand (bei der Agnatenfolge), und daß man ferner das alte Testament mehr seiner Function nach, das Vermögen als Einheit zu übertragen, als die rechtliche Gestaltung desselben, durch welche diese Uebertragung bewirkt wurde, in's Auge faßte. Diese testamentarische Einheit erkannte man nun auch dann an, wenn ein Geschäft unter Lebenden in derselben Absicht abgeschlossen wurde, in welcher man ein Testament errichtete. „Quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam" — mit demselben Recht, d. h. mit derselben Rechtswirkung, mit welcher du durch testamentum comitiis calatis die familia und pecunia auf einen Andern übertragen könntest (gerade auf die conjunctivische Fassung ist Gewicht zu legen) [4]) —

4) Durch diese Worte wird auf die Möglichkeit der Disposition über die gesammte Hinterlassenschaft Bezug genommen und sie dadurch, um mit Huschke zu sprechen, mancipabel gemacht. Nicht

„familia pecuniaque tua — — esto mihi emta“ — soll dein gesammtes Vermögen durch diesen Manicipationsact auf mich rechtlich übergehen [5]). Wie weit nun aber die Gleichstellung der rechtlichen Wirkung einer derartigen Mancipation mit der solennen Testamentserrichtung ging, wissen wir für die Phase, in welcher der familiae emtor die Erbschaft für sich erwirbt, nicht. Daß nicht alle Wirkungen eintraten, ist wahrscheinlich [6]), und daraus, daß der familiae emtor nicht als heres, sondern nur als heredis loco stehend bezeichnet wird, muß geschlossen werden, daß die Vermögensmancipation auf dieser Stufe ihrer Ausbildung, nicht als Testament [7]) gegolten habe, sondern als Surrogat eines solchen, auf welche

---

aber „beziehen sich diese Worte auf das Mancipabelmachen durch legare und testari des Erblassers (Huschke im rheinischen Museum B. VI S. 295 N. 61). Wenn, nach Huschke's Ansicht, die Erbernennung des familiae emtor schon in der älteren Form das testamentum per aes et libram bezeugt worden wäre“ (wodurch allein die Bezeichnung des Acts als Testament sich rechtfertigen lasse), so hätte dieser ja nicht „als familiae emtor die Erbschaft bekommen“ können und wäre nicht heredis loco gewesen, sondern, wie in der späteren Form der eigentliche nuncupirte Erwerber — heres.

5) Beseler (Erbverträge B. II, 1 S. 178 N. 12) führt eine Urkunde an, in welcher eine Vergabung, um sie auch nach römischrechtlichen Principien rechtsbeständig vorzunehmen, als „in krafft ires (der Vergaberin) letzten willens in testaments weise“ errichtet bezeichnet wird.

6) So z. B. mag ein Erbschaftsantritt nicht nothwendig gewesen sein, da der emtor die Erbschaft schon durch die Mancipation erworben hatte. Wie es sich mit der Widerruflichkeit der Mancipation verhalten habe, muß dahin gestellt bleiben.

7) Für eine Exheredation ist in dem Mancipationsact kein Platz, eben so nicht für eine Vernichtung einer früheren Institution, doch wurden, da der familiae emtor das gesammte Object des Erbrechts erwarb, der Intestaterbe und der Instituirte verhindert, Erben zu werden, resp. sie wurden Erben, aber, wenn ich einen späteren Begriff hierher ziehen darf, sine re.

Natur auch die Erwähnung des Falls, wann es errichtet zu werden pflegte, deutet: „si subita morte urguebatur“.

Allmälig erhielt die Mancipation eine andere Gestalt. Schon früh mag es vorgekommen sein, daß man dem familiae emtor aufgab, Sachen, Theile der Erbschaft oder die ganze Erbschaft herauszugeben, denn nur auf diese Weise wurde es möglich, die Mancipation auch zu Gunsten des Kindes in der Gewalt, welches ja als solches nicht familiae emtor werden konnte, vorzunehmen. Aber auch in anderen Fällen mochte der Wunsch, dem eigentlich Bedachten nicht schon zur Zeit der Testamentserrichtung von der Bedenkung Kenntniß zu geben, oder auch die Absicht, die Hinterlassenschaftsangelegenheiten durch einen Vertrauensmann regeln zu lassen, dazu führen, einem Anderen, als dem zu Bedenkenden die Erbschaft zu mancipiren [8]), und dieß wurde mit der Zeit allgemein üblich. Der familiae emtor erschien nun völlig als Treuhänder. Die Nuncupation, welche die einzelnen Bestimmungen enthält, wurde nun Hauptsache und die Mancipation Solennität. Seit man, statt die Bestimmungen mündlich kund zu thun, anfing, dieselben aufzuzeichnen und durch eine allgemeine Erklärung zu solennisiren, trat diese Stellung der einzelnen Theile des Acts zu einander noch prägnanter hervor, der familiae emtor wurde zum qualificirten Zeugen und man nahm die Nuncupation in derselben Weise vor, wie dieß in den Comitien geschehen war. Der Mancipationsact war nun zum wirklichen Testament geworden [9]). Man ernannte einen „Erben“,

---

8) Möglicher Weise war es auch die ursprüngliche Unwiderruflichkeit der Mancipation, welche die Veranlassung zu diesem Verfahren gab.

9) Die Mancipation als Eigenthumsübertragungsact ist eine imaginaria venditio, das testamentum per aes et libram eine imaginaria mancipatio. Vgl. Gajus I, 119 mit Ulpian XX §. 2.

auf welchen das gesammte Vermögen überging, und welcher auch die anderen Dispositionen zu realisiren hatte (a quo etiam legata relinquebantur).

Die spätere Testamentsform abstrahirte nun in consequenter Fortbildung auch von dem reinen Formalismus der Anwendung von Wage und Erz und verwandelte sämmtliche betheiligte Personen in einfache Solennitätszeugen. —

Eines der Adoption analogen Geschäfts scheinen sich die Germanen zum Zweck einer Disposition von Todes wegen nie bedient zu haben, sie schlossen vielmehr an die Uebertragungen unter Lebenden an. Wollte man einem Anderen ein Grundstück nach dem Tod zuwenden, so bediente man sich desselben Geschäfts, durch welches man ein Grundstück zu Eigen übertrug, durch beigefügte Erklärungen suchte man aber zu erreichen, daß das Geschäft seine Hauptwirkung erst bei dem Tode des Auflassenden äußerte, während des Lebens aber nur in so weit wirksam war, als zur Realisirung der Hauptwirkung erforderlich war, d. h. der Auflasser wurde in der Disposition über dasselbe beschränkt. Nahe lag es aber, diese Beschränkung nicht absolut zu fassen, sondern nach Analogie der Beschränkung durch das Recht des nächsten Erben zu regeln, eine Veräußerung also im Fall ächter Noth, und wenn der Bedachte sich gewisser unrechtmäßiger Handlungen gegen den Auflasser schuldig machte, zu gestatten, in anderen Fällen auszuschließen. Da aber in dieser Art der Abschließung des Geschäfts eine eigentliche Modification der Auflassung lag, und diese vom Recht anerkannt wurde, so kann man nicht behaupten, das älteste uns bekannte germanische Recht habe die Geschäfte Todes halber ignorirt und die Einzelnen hätten, um über den Tod hinaus zu verfügen, sich der Geschäfte unter Lebenden bedient, sondern man muß auch den ältesten Zeiten schon eine rechtliche Berücksichtigung der Verfügungen

Todes halber zuschreiben, welche sich ihrer Form nach an die Geschäfte unter Lebenden anschlossen, aber bewirkten, daß der Empfänger ganz die Stellung eines agnatischen Erben erhielt. In den eigentlichen Rechtsquellen wird das Geschäft Todes halber auch als ein besonderes, selbstständiges und, ich möchte sagen, einfaches Geschäft behandelt. Ebenso stellt es sich dar in denjenigen Urkunden, in welchen die einzelnen Wirkungen der geschehenen Auflassung neben einander gestellt und diese selbst wol als post obitum traditio bezeichnet wird. In anderen Urkunden dagegen erscheint das Geschäft als ein zusammengesetztes, die Auflassung wird wie die bei einem gewöhnlichen Geschäft unter Lebenden vorgenommene dargestellt, welche durch ein dazu kommendes zweites Geschäft, einen von dem Bedachten dem Auflasser bestellten Usufructus, in ihrer sofortigen Wirkung beschränkt werde. Berücksichtigt man aber nun, daß auch bei diesen s. g. traditiones a die praesente dem Auflasser dasselbe Recht der Veräußerung im Fall ächter Noth zusteht, daß er ferner, wenn der Bedachte sich gegen ihn gewisser unrechtmäßiger Handlungen schuldig macht, nicht etwa von ihm verlangen kann, daß er ihm die aufgelassene Sache retradire, sondern dieselbe ohne Weiteres veräußern darf, so erscheint die in den Urkunden beliebte Darstellung des Acts als eine Schulconstruction der Notare ohne rechtliche Bedeutung, ja nach ihr wäre, da das ältere Recht ein constitutum possessorium nicht kennt, das Geschäft ganz wirkungslos gewesen. — Eine directe Einwirkung auf das Erbrecht hat eine derartige Disposition nicht, es ist eben ein Geschäft, welches eine bestimmte Sache einem Anderen Todes halber zuwendet, während in Bezug auf alle übrigen Sachen der (gesetzliche) Erbe in seinem Recht bleibt.

Die Auflassung als die Form für die Uebertragung von Immobilien vermittelte Verfügungen von Todes wegen über

Immobilien; Mobilien konnten nicht aufgelassen werden, für diese blieb daher auch wenigstens diese Art der Disposition von Todes wegen ausgeschlossen. Pertinenzen eines Grundstücks konnten jedoch mit diesem aufgelassen werden, und dadurch, daß man den Begriff der Pertinenz gleichsam utiliter ausdehnte, gelangte man zur Möglichkeit, auch über Mobilien von Todes wegen zu verfügen. Eine rechtliche Wirkung während des Lebens des Auflassers konnte aber hinsichtlich der Mobilien nicht eintreten, die Auflassung bewirkte lediglich den Uebergang nach dem Tod des Auflassers zusammen mit den Immobilien und schloß mithin jede andere Succession aus. Auf diese Weise war es auch möglich, alle im Vermögen befindlichen Sachen aufzulassen, und das Recht half hier nur in so fern nach, als es die Zusammenfassung der einzelnen Objecte unter eine allgemeine Bezeichnung anerkannte. Eine Universalsuccession war damit noch nicht begründet; daß die aufgelassenen Sachen das Vermögen des Auflassers erschöpften, war lediglich Zufälligkeit. Ob und in wie weit Forderungen, namentlich Passivforderungen übergingen, ob man neben der Auflassung Vorkehrungen zu ihrem Uebergang traf, wissen wir nicht. Aber von den in der Hinterlassenschaft des Erblassers befindlichen Sachen gingen auch nur diejenigen über, welche zur Zeit der Auflassung in dem Vermögen des Auflassers waren [10]). Eine weitere Veränderung erhält das Institut dadurch, daß das Recht auch eine Ausdehnung der Auflassung auf künftig zu erwerbende Sachen (Immobilien) anerkannte. Hiermit war nun aber der Endpunct der Ent-

10) Ein Uebergang auch der später erworbenen Mobilien läßt sich jedoch wol schon früh annehmen, da sie ja nicht als selbstständige Gegenstände, sondern in ihrer wirklichen oder fingirten Pertinenzqualität aufgelassen waren. Was diese Qualität verliert, fällt deßhalb auch aus dem Nexus, was sie neu erhält, wird hineingezogen.

wickelung erreicht, bis zu welchem man auf dem eingeschlagenen Weg gelangen konnte. Bis hierher hatte sich unsere Lehre überall ziemlich gleichmäßig entwickelt, was jedoch nicht ausschließt, daß in dem einen Rechtskreis die Entwickelung mit größerer Schnelligkeit erfolgte, als in dem anderen, und z. B. Rothars Edict (173) als Object der Lidolaip-Thinx schon die zur Zeit des Todes vorhandenen Sachen annimmt. Eine solche verfrühte Entwickelung findet sich aber bei den Langobarden vielfach vor und wird mit Recht ihrer frühen und innigen Berührung mit dem römischen Recht zugeschrieben [11]. Jedenfalls ist die angegebene Entwickelung durch eine innere Chronologie bestätigt.

So lange die alte Anschauung von dem Zusammenhang der Familie im Volk lebte und die Immobilie als hauptsächlichstes Vermögensstück erschien, mochte einerseits das Bedürfniß einer Umänderung nicht lebhaft hervortreten und genügte andererseis die übliche Form der Disposition, ja wegen des Rechtes der nächsten Erben mochte dieselbe gerade als die zweckmäßigste erscheinen [12]. Als aber die Familienbande sich lockerten, mit dem gesteigerten Verkehr die Mobilie an Bedeutung gewann und es häufig vorkam, daß das Vermögen zum großen Theil aus Mobilien oder aus neu erworbenen Immobilien, an welchen Rechte des nächsten Erben nicht mehr angenommen wurden, bestand, der Disponent aber sich ebenfalls nicht in der Verfügung über sein Vermögen die Hand binden wollte

11) S. o. §. 35 S. 545 N. 37.

12) Dem Disponenten war es sicherlich leichter, die Disposition in Kraft zu erhalten dadurch, daß er den Consens des bestimmten zur Zeit der Disposition nächsten Erben bei der Auflassung erwirkte, oder denselben von der Anfechtung binnen Jahr und Tag abhielt, als dem Erwerber, den bei dem Tod des Disponenten nächsten Erben zum Verzicht auf sein Recht zu veranlassen.

— mußte das Bedürfniß nach einer anderen Art der Disposition auf den Todesfall hervortreten. Das Recht erkannte dieß Bedürfniß an, aber freilich erst zu einer Zeit, in welcher die Rechtsbildung mehr als je aus einander ging und die neuen Bildungen nur eine allgemeine Characterähnlichkeit hatten, vielfach aber von einander abwichen. Zum Theil war allerdings das geringere oder stärkere Sichgeltendmachen der obigen Momente die Veranlassung dieser Verschiedenheit (dadurch entsteht namentlich auch ein Gegensatz zwischen Stadt und Land), allein damit ist diese Abweichung nicht erklärt, sondern erscheint vielfach als lediglich zufällig. In dem einen Rechtskreis behält man die Zweiseitigkeit des Geschäfts bei, gestattet aber dem Auflasser, sich die freie Disposition vorzubehalten, in dem anderen läßt man eine einseitige Disposition zu, die aber unwiderruflich gilt, in anderen findet sich Einseitigkeit und Widerruflichkeit anerkannt. Diese verschiedenen Arten der Disposition finden sich sogar mitunter in demselben Rechtskreis neben einander vor, öfter aber folgen sie zeitlich auf einander.

Man streitet darüber, ob sich diese neuen Arten der Disposition lediglich aus dem Innern des deutschen Rechts entwickelt hätten, oder aus dem römischen Recht herübergenommen oder wenigstens unter dessen Einfluß entstanden seien. Die Annahme einer Aufnahme dieser Dispositionsarten widerlegt sich durch die Behandlung derselben in fast allen Rechtsquellen vor der Zeit der großen Codification in den Landrechten und den reformirten Stadtrechten. Die Form schließt sich fast überall eng an die der früheren Vergabungen an, eine Erbeinsetzung wird nicht vorgeschrieben, die Disposition braucht nicht den gesammten Nachlaß zu umfassen, oft wird körperliche Tüchtigkeit des Disponenten verlangt, und, worauf ich besonderes Gewicht legen möchte, die Vornahme des Acts

vor der betreffenden Behörde ist nicht nur Solennität in der Art, daß die Disposition dadurch ihre formale Wirksamkeit erhält, sondern es wird öfters eine causae cognitio vorgeschrieben über das Materielle der Disposition und die „Bestätigung" verleiht dem Act nicht nur eine formelle Kraft, sondern auch eine materielle, sie macht ihn unbedingt rechtsbeständig, unanfechtbar. Erst die Landrechte des 16. Jahrh. und die Reformationen der Stadtrechte erwähnen der römischen Testamentsform, und zwar meist nur neben den älteren, wiewol oft modificirten Formen. In ihnen werden erst die römischen Rechtssätze über Testamente aufgestellt und auch diese noch keineswegs in ihrer ganzen Tragweite.

Wenn nun aber für die vorhergehende Zeit eine eigentliche Reception der römischen Lehre in Abrede gestellt werden muß, so ist ein Einfluß derselben und namentlich des Hauptsatzes, daß einseitig und widerruflich auf den Todesfall disponirt werden könne, nicht zu verkennen. Und wie sollte auch dieser Einfluß zu vermeiden gewesen sein? Zum Besten der Kirche und zu sonstigen frommen Zwecken finden sich ja einseitige Dispositionen seit jeher anerkannt und sehr häufig vorgenommen (viel häufiger gewiß als zweiseitige Vergabungen vorkommen) und durch die Autorität der Kirche aufrecht erhalten. In eine viel häufigere Berührung, als mit anderen Geschäften und Sätzen des römischen Rechts, kam man daher mit diesen und den Rechtssätzen, welche sie regelten. Wie nahe lag es also, daß, wo das Bedürfniß zu solcher Disposition auch zu Gunsten anderer Personen hintrieb, man die beschränkt anerkannten Principien generalisirte und sich auf sie bezog, um die erstrebte Umbildung zu rechtfertigen? Aber freilich war es auch hier wieder nicht etwas Fremdes, der Rechtsauffassung Widersprechendes, was man aufnahm und als fremdes Aufgenommenes in Gegensatz zu dem vorhandenen

Einheimischen stellte, sondern man knüpfte das Neue, für zweckmäßig Erkannte eng an das Alte an. Dieser Uebergang möchte sich vielleicht durch folgendes Bild verdeutlichen lassen. Als der einheimische Styl, nach welchem das Gebäude begonnen war, sich nicht zu einer Weiterführung desselben nach dem neuen Bedürfniß eignete, wählte man den fremden ausgebildet vorliegenden Styl, adaptirte, wo sich der neue Oberbau und der alte Unterbau berührten, den neuen Styl dem alten [13]), und erst als der Bau sich höher erhob, und der alte Styl keine Berücksichtigung mehr verlangte, der Blick sich auch durch den Umbau der benachbarten Gebäude an den neuen Styl gewöhnt hatte, ließ man diesen immer unvermischter und reiner auftreten.

Durch die nur allmälige Aufnahme der römischen Testamentslehre ward es möglich, daß man in manchen Rechtskreisen einzelne Sätze derselben, welche zwar als Consequenzen der alten römischen Auffassung erschienen, keineswegs aber aus der Natur einseitiger und widerruflicher letztwilliger Dispositionen folgten, wie z. B. den Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, nicht aufnahm, und zwar das Recht sich entweder so ausbildete, daß der Intestaterbe unbedingt mit dem testamentarischen concurriren konnte, oder so, daß dieß nur in Betreff gewisser Vermögenstheile möglich war, oder sogar die Intestatsuccession in dieselben rechtlich vorgeschrieben war. Ferner aber folgte daraus, daß man die Einseitigkeit und namentlich die Widerrufbarkeit nicht als nothwendige Eigenschaften letztwilliger Dispositionen ansah.

Die im römischen Recht anerkannte unbedingte Widerruf-

13) Diese Adaptirung selbst erfolgt in den verschiedenen Kreisen in verschiedener Art, das Streben zur allmäligen Purification des Styls ist aber ein gleichmäßiges, d. h. überall vorkommendes.

barkeit jeder letztwilligen Disposition ist eine Wirkung des römischen Freiheitstriebs [14]). Es wurde nicht als eine Beschränkung der Testirfreiheit betrachtet, daß diese sich nicht selbst beschränken oder aufheben konnte, sondern in dieser Unmöglichkeit der materielle Inhalt der Freiheit im Gegensatz zum formellen anerkannt. Selbst jede indirecte Beschränkung der Testirfreiheit galt als contra bonos mores, um so weniger konnte sich mithin eine Rechtsform ausbilden, durch welche dieser Erfolg direct herbeigeführt wurde — ein Erbvertrag. In Deutschland dagegen fand die Widerruflichkeit der letztwilligen Bestimmungen nur eine allmälige Aufnahme, sie mußte aber auf deutschem Boden mehr aus einer Utilitätsrücksicht, als aus einer inneren Nothwendigkeit hervorgegangen erscheinen. Man hatte bisher letztwillige Verfügungen hauptsächlich durch ihrer Natur nach unwiderrufliche Dispositionen effectuirt; dieselben blieben auch neben den neuen Dispositionsarten nach fortdauernd üblich, die Unwiderrufbarkeit konnte darum nicht als contra bonos mores erscheinen und die widerruflichen Dispositionen daher nicht zu einer ausschließlichen Geltung gelangen. Dazu kömmt, daß für manche Fälle die Unwiderrufbarkeit fortdauernd als zweckmäßig erkannt wurde [15]). Aber nicht die alten Vergabungen behielt man neben den widerruflichen und einseitigen letztwilligen Dispositionen bei, sondern so sehr hatte man sich daran gewöhnt, daß die Wirkung der letztwilligen Disposition erst bei dem Tod des Disponenten beginne, in einer Delation der Erbschaft bestehe, und so sehr war die Ansicht, daß der (Intestat-) Erbe schon bei

14) S. o. S. 140 N. 15. 16 und die dort citirten Ausführungen Ihering's.

15) Dieß gilt namentlich von den bei Eingehung der Ehe zu Gunsten des Ehegatten mit Wirkung auf den Todesfall vorgenommenen Verfügungen.

Lebzeiten des Erblassers ein Recht habe, in den Hintergrund getreten, daß man die Wirkung der in der äußeren Form der Vergabungen vorgenommenen letztwilligen Verfügungen ebenfalls nicht mehr in die Einräumung eines augenblicklichen Rechts auf das Vermögen des Disponenten setzte, als Object dieser Disposition vielmehr ebenfalls die Delation der Erbschaft annahm. Der auf diese Weise aus der Vergabung hervorgegangene „Erbvertrag" (Erbeinsetzungsvertrag) bildete nun eine Form für Errichtung einer letztwilligen Disposition des einen Contrahenten, welche aber eben dieser Form wegen als unwideruflich zu Gunsten des anderen Contrahenten galt. Aus dem Wesen des Vertrags läßt sich die Wirksamkeit des Erbvertrags nicht deduciren.

Ein Erbverzicht mit der Wirkung, eine ohne denselben eingetretene Delation an den Verzichtenden gar nicht entstehen zu lassen, mußte nach römischem Recht unmöglich sein, da die Delation selbst von dem Willen des Erben unabhängig ist und einzig und allein auf einem natürlichen Zustand oder einer Thätigkeit des Erblassers beruht, durch welche neben dem Ausschluß der Delation an den Einen die Delation an den Anderen hervorgebracht wird (Enterbung und Erbeinsetzung). Derselbe ist aber auch deßwegen als reiner Vertrag in jedem Recht unmöglich, in welchem eine Delation der Erbschaft als ein besonderes Moment vorkömmt. — Im alten deutschen Recht zerstörte ein Erbverzicht keineswegs die Delation, denn diese war als besonderes Moment nicht vorhanden, sondern er hob das eventuelle Recht an der Erbschaft selbst auf. Eine Aufhebung dieses Rechts ließ aber das alte Recht durch einen Vertrag mit dem Erblasser selbst deßwegen zu, weil, wie oben dargethan, das Erbrecht als ein bei Lebzeiten des Erblassers schon existirendes und dem Erblasser gegenüber wirksames aufgefaßt wurde. Als diese Wirkung unter Lebenden verschwand

und die Delation von der Erwerbung getrennt wurde, konnte der Vertrag mit dem Erblasser an sich nicht mehr wirksam sein, und, mit dem Miterben oder den später Berufenen abgeschlossen, konnte er nur eine obligatorische Wirkung äußern. Wenn man nun aber doch eine Wirkung des Erbverzichts auf die Delation annahm, so kann dieß nur so construirt werden, daß, wie man den Vertrag mit dem zu Instituirenden als eine gültige Form (Solennität) des letzten Willens hinsichtlich der Einsetzung eines Erben betrachtet, man den Vertrag mit dem zu Enterbenden auch als gültige Form der Enterbung annimmt, und, da die Abhängigkeit der Wirksamkeit der Enterbung von der Institution eines anderen Erben und der Wirksamkeit derselben nur auf der specifischen Natur des Testaments beruht, man die durch den Vertrag solennisirte Enterbung auch an sich formell zuläßt. Das Hauptgewicht fällt also auf die Willensäußerung des den Verzicht acceptirenden Erblassers, die Willensäußerung des Verzichtenden dagegen garantirt die Wirksamkeit der Enterbung, da durch dieselbe das Recht der Anfechtung derselben aufgegeben ist.